

Nya regler om upphandling

Delbetänkande av Genomförandeutredningen

Stockholm 2014



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2014:51

SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst.
Beställningsadress: Fritzes kundtjänst, 106 47 Stockholm
Ordertelefon: 08-598 191 90
E-post: order.fritzes@nj.se
fritzes.se

För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Svara på remiss – hur och varför.

Statsrådsberedningen, SB PM 2003:3 (reviderad 2009-05-02)

En kort handledning för dem som ska svara på remiss. Häftet är gratis och kan laddas ner som pdf från eller beställas på regeringen.se/remiss.

Layout: Kommittéservice, Regeringskansliet.

Omslag: Elanders Sverige AB.

Tryck: Elanders Sverige AB, Stockholm 2014.

ISBN 978-91-38-24143-1

ISSN 0375-250X

Till statsrådet Stefan Attefall

Regeringen beslutade den 27 september 2012 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att lämna förslag till hur vissa bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktiven får när de har antagits. Vidare ska den särskilde utredaren analysera och ge förslag till hur samtliga bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktivet får när det har antagits.

Den 27 september 2012 förordnades justitierådet Eskil Nord som särskild utredare.

Som sekreterare anställdes kammarrättsrådet Mattias Almqvist fr.o.m. den 1 november 2012 och kammarrättsassessorn Sofia Lönnberg fr.o.m. den 1 februari 2014.

Utredningen har antagit namnet Genomförandeutredningen.

Regeringen beslutade om precisering av och förlängd tid för uppdraget den 21 februari 2013, den 26 september 2013 och den 13 mars 2014.

Utredningen överlämnar härmed sitt delbetänkande *Nya regler om upphandling (SOU 2014:51)*.

Stockholm i juni 2014

Eskil Nord

/Mattias Almqvist
Sofia Lönnberg

Innehåll

Sammanfattning	13
1 Utredningens uppdrag och arbete	17
1.1 Uppdraget.....	17
1.2 Utredningens arbete	18
1.3 Arbetsmetod.....	18
1.3.1 Tillbakablick m.m.	19
1.3.2 Utredningens slutsats.....	23
2 Undantag från upphandlingsdirektiven – avtal mellan vissa parter	27
2.1 Inledning.....	27
2.2 Avtal mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller mellan upphandlande myndigheter.....	27
2.2.1 Nuvarande ordning.....	27
2.2.2 2014 års upphandlingsdirektiv	28
2.2.3 Överväganden	28
3 Allmänna bestämmelser	31
3.1 Inledning.....	31
3.2 Principer för upphandling	31
3.2.1 Nuvarande ordning.....	31
3.2.2 Riksdagens tillkännagivande bet. 2010/11:AU3	34
3.2.3 2014 års upphandlingsdirektiv	34
3.2.4 Överväganden	38

3.3	Reserverade kontrakt	42
3.3.1	Nuvarande ordning	42
3.3.2	2014 års upphandlingsdirektiv.....	46
3.3.3	Leverantörer i Sverige och reserverade kontrakt	48
3.3.4	Överväganden.....	51
3.4	Sekretess.....	58
3.4.1	Nuvarande ordning	58
3.4.2	2014 års upphandlingsdirektiv.....	65
3.4.3	Överväganden.....	66
3.5	Kommunikation	69
3.5.1	Nuvarande ordning	69
3.5.2	2014 års upphandlingsdirektiv.....	74
3.5.3	Överväganden.....	79
3.6	Intressekonflikter.....	90
3.6.1	Nuvarande ordning	90
3.6.2	2014 års upphandlingsdirektiv.....	92
3.6.3	Överväganden.....	93
4	Förfarandena.....	97
4.1	Inledning.....	97
4.2	Innovationspartnerskap	97
4.2.1	Nuvarande ordning	97
4.2.2	2014 års upphandlingsdirektiv.....	102
4.2.3	Överväganden.....	107
5	Teknik och instrument för elektronisk och gemensam upphandling.....	125
5.1	Inledning.....	125
5.2	Elektroniska kataloger	125
5.2.1	Nuvarande ordning	125
5.2.2	2014 års upphandlingsdirektiv.....	127
5.2.3	Överväganden.....	130
5.3	Tillfällig gemensam upphandling.....	139
5.3.1	Nuvarande ordning	139
5.3.2	2014 års upphandlingsdirektiv.....	140

5.3.3	Överväganden	142
5.4	Upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter/enheter från olika medlemsstater	144
5.4.1	Nuvarande ordning.....	144
5.4.2	2014 års upphandlingsdirektiv	146
5.4.3	Överväganden	150
6	Upphandlingsförfarandets gång	159
6.1	Inledning.....	159
6.2	Uppdelning av kontrakt i delar	159
6.2.1	Nuvarande ordning.....	159
6.2.2	2014 års upphandlingsdirektiv	160
6.2.3	Överväganden	164
6.3	Allmänna principer	177
6.3.1	Nuvarande ordning.....	177
6.3.2	2014 års upphandlingsdirektiv	177
6.3.3	Överväganden	178
7	Kvalitativa urvalskriterier enligt LOU-direktivet	181
7.1	Inledning.....	181
7.2	Skäl för uteslutning.....	182
7.2.1	Nuvarande ordning.....	182
7.2.2	LOU-direktivet.....	191
7.2.3	Överväganden	194
7.3	Urvalskriterier	230
7.3.1	Nuvarande ordning.....	230
7.3.2	LOU-direktivet.....	231
7.3.3	Överväganden	232
7.4	Europeiskt enhetligt upphandlingsdokument.....	234
7.4.1	Nuvarande ordning.....	234
7.4.2	LOU-direktivet.....	234
7.4.3	Överväganden	236
7.5	Bevismedel.....	240
7.5.1	Nuvarande ordning.....	240
7.5.2	LOU-direktivet.....	242

7.5.3	Överväganden.....	243
7.6	Online-verktyg för tillhandhållande av intyg och certifikat (e-Certis)	246
7.6.1	Nuvarande ordning	246
7.6.2	LOU-direktivet.....	247
7.6.3	Överväganden.....	248
7.7	Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder.....	249
7.7.1	Nuvarande ordning	249
7.7.2	LOU-direktivet.....	250
7.7.3	Överväganden.....	253
7.8	Utnyttjande av andra enheters kapacitet	255
7.8.1	Nuvarande ordning	255
7.8.2	LOU-direktivet.....	256
7.8.3	Överväganden.....	257
7.9	Officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligt eller privaträttsliga organ	262
7.9.1	Nuvarande ordning	262
7.9.2	LOU-direktivet.....	263
7.9.3	Överväganden.....	263
8	Kvalificering och urvalsbedömning enligt LUF-direktivet	265
8.1	Inledning.....	265
8.2	Kvalificeringssystem	265
8.2.1	Nuvarande ordning	265
8.2.2	LUF-direktivet.....	266
8.2.3	Överväganden.....	266
8.3	Kvalitativa urvalskriterier.....	268
8.3.1	Nuvarande ordning	268
8.3.2	LUF-direktivet.....	268
8.3.3	Överväganden.....	269
8.4	Utnyttjande av andra enheters kapacitet	270
8.4.1	Nuvarande ordning	270
8.4.2	LUF-direktivet.....	271

8.4.3	Överväganden	272
8.5	Tillämpning av skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med direktiv 2014/24/EU	274
8.5.1	Nuvarande ordning.....	274
8.5.2	LUF-direktivet.....	275
8.5.3	Överväganden	276
8.6	Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder	281
8.6.1	Nuvarande ordning.....	281
8.6.2	LUF-direktivet.....	282
8.6.3	Överväganden	283
9	Kontraktstilldelning	285
9.1	Inledning.....	285
9.2	Tilldelningskriterier	285
9.2.1	Nuvarande ordning.....	285
9.2.2	2014 års upphandlingsdirektiv	287
9.2.3	Överväganden	290
9.3	Livscykelkostnader	294
9.3.1	Nuvarande ordning.....	294
9.3.2	2014 års upphandlingsdirektiv	296
9.3.3	Överväganden	298
9.4	Onormalt låga anbud	300
9.4.1	Nuvarande ordning.....	300
9.4.2	2014 års upphandlingsdirektiv	301
9.4.3	Överväganden	302
10	Fullgörande av kontrakt.....	305
10.1	Inledning.....	305
10.2	Anlitande av underleverantör	305
10.2.1	Nuvarande ordning.....	305
10.2.2	2014 års upphandlingsdirektiv	307
10.2.3	Överväganden	309
10.3	Ändring av kontrakt under löptiden.....	314
10.3.1	Nuvarande ordning.....	314
10.3.2	2014 års upphandlingsdirektiv	315

10.3.3 Överväganden.....	316
10.4 Uppsägning av kontrakt	317
10.4.1 Nuvarande ordning	317
10.4.2 2014 års upphandlingsdirektiv.....	318
10.4.3 Överväganden.....	318
11 Sociala tjänster och andra särskilda tjänster	321
11.1 Inledning.....	321
11.2 Kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster ...	321
11.2.1 Nuvarande ordning	321
11.2.2 2014 års upphandlingsdirektiv.....	322
11.2.3 Överväganden.....	324
11.3 Reserverade kontrakt för vissa tjänster.....	330
11.3.1 Nuvarande ordning	330
11.3.2 2014 års upphandlingsdirektiv.....	330
11.3.3 Överväganden.....	332
12 Styrning.....	335
12.1 Inledning.....	335
12.2 Genomförande.....	335
12.2.1 Nuvarande ordning	335
12.2.2 2014 års upphandlingsdirektiv.....	336
12.2.3 Överväganden.....	337
12.3 Individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt	341
12.3.1 Nuvarande ordning	341
12.3.2 2014 års upphandlingsdirektiv.....	341
12.3.3 Överväganden.....	343
12.4 Nationell rapportering och statistiska uppgifter.....	347
12.4.1 Nuvarande ordning	347
12.4.2 2014 års upphandlingsdirektiv.....	347
12.4.3 Överväganden.....	348
12.5 Administrativt samarbete.....	349
12.5.1 Nuvarande ordning	349
12.5.2 2014 års upphandlingsdirektiv.....	349

12.5.3 Överväganden	350
13 Konsekvenser.....	353
14 Förslag till lagtext med kommentarer.....	357
14.1 Bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling....	357
14.2 Bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.....	460
Bilagor	
Bilaga 1 Kommittédirektiv 2012:96.....	529
Bilaga 2 Kommittédirektiv 2013:21.....	543
Bilaga 3 Kommittédirektiv 2013:92.....	545
Bilaga 4 Kommittédirektiv 2014:38.....	549

Sammanfattning

Delbetänkandet innehåller författningsförslag som syftar till att genomföra delar av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

De två nya upphandlingsdirektiven är omarbetningar av 2004 års upphandlingsdirektiv. Genomförandet av de delar som bedömdes som nya i förhållande till 2004 års direktiv överlämnades till Genomförandeutredningen.

Av de olika delarna av direktiven som överlämnades till utredningen är det vissa som tilldragit sig särskilt intresse. De nya direktiven ger uttryck för samma grundtankar som alltid har präglat den offentliga upphandlingen på unionsnivå och som genomförts i Sverige, dels genom det regelverk som hanterar upphandlingen över vissa angivna s.k. tröskelvärden, dels upphandlingar vars värde understiger dessa och som i huvudsak är nationellt baserade. Även de upphandlingarna ska skötas i enlighet med de allmänna principerna för upphandling, men förfarandereglerna är enklare.

I dessa delar innebär de nya direktiven inget nytt. I dagens ordning är upphandling av tjänster uppdelade i s.k. A-tjänster och B-tjänster. Denna uppdelning berodde ursprungligen på att unionslagstiftaren bedömde att vissa tjänster lämpade sig mindre väl för de mer utvecklade upphandlingsförfarandena utan i stället kunde hanteras genom förenklade förfaranden. I de nya direktiven har denna skillnad mellan tjänster tagits bort, men däremot har man behållit hänsyn till att vissa tjänster av mera personlig karaktär fortfarande passar mindre väl för de mera komplicerade förfarandena. Dessa s.k. sociala tjänster föreslår utredningen ska hanteras i enlighet

med de regler som ska gälla för upphandlingar som understiger tröskelvärdena och som i stora delar överensstämmer med vad som gäller i dag.

Utredningen föreslår att regler om s.k. reserverade kontrakt ska införas i svensk rätt. Dessa regler innebär att det läggs fast vissa förutsättningar för särskilda hänsyn till anbud som lämnas av leverantörer vars arbetskraft till viss del består av funktionshindrade eller annars ”missgynnade” personer.

Upphandlingsreglerna har hittills byggts på att den offentliga sektorn ska öppna sig mot den konkurrensutsatta marknaden inom unionen för sina inköp. I takt med att tekniken förbättras, ökar kraven på snabbhet och effektivitet. Regelverket innefattar nya regler om elektronisk kommunikation under hela upphandlingsförfarandet. Utredningen föreslår att dessa regler införs i enlighet med direktiven och att den möjlighet att föreskriva en viss övergångstid som direktiven ger inte ska utnyttjas.

För att den offentliga upphandlingen ytterligare ska effektiviseras har unionslagstiftaren föreslagit tydligare regler om i vilka fall en upphandlande myndighet får och ibland ska dela upp ett kontrakt i olika mindre delar. Syftet bakom reglerna är att se till att små och medelstora företag inte råkar uteslutas från att delta i upphandlingar. Det införs tydligare och i vissa delar skärpta regler för val av leverantör och för val av anbud. De nya reglerna innefattar skärpt kontroll av att leverantörer till den offentliga sektorn iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställs i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i vissa i direktiven angivna internationella bestämmelser. Reglerna innefattar också skärpt skyldighet för upphandlande myndigheter att undersöka vad som myndigheten uppfattar som onormalt låga anbud och också en skyldighet att förkasta sådana om de inte kan förklaras av anbudsgivaren på ett tillfredsställande sätt.

Vad gäller hänsynstagande till miljö m.m. finner utredningen att det visserligen redan i dag finns ett rimligt stort utrymme för upphandlarna att ta sådana hänsyn och alltså då också ställa sådana krav. Men de nya direktiven kodifierar EU-domstolens senare praxis inom området och öppnar enligt utredningens mening än större möjligheter att i den framtida upphandlingen ta sådana hänsyn. Vad som dock alltid är ledstjärnan för dessa och andra krav som kan ställas under en upphandling är att kraven har en relevant koppling till kontraktets föremål och är förenliga med unionsrätten. Vad gäller möjligheten att hävda rättigheter ur kollektivavtal har

utredningen kommit fram till att, förutsatt den nyss angivna kopplingen och förenligheten med unionsrätten i övrigt, att det är möjligt att ställa sådana krav om arbetsmiljö m.m. som återfinns i vad som utgör ett kollektivavtal. Däremot är det utredningen uppfattning att det även framöver kommer att vara oförenligt med unionsrätten att en offentlig upphandlare ställer som krav att en leverantör ska vara ansluten till ett kollektivavtal.

I enlighet med vad utredningen uppfattar som en anpassning också till de skiftande villkoren i det ekonomiska livet innehåller de nya reglerna tydligare regler i frågan om när förändringar i de avtal som en gång ingåtts efter en upphandling kan göras utan att för den skull en ny upphandling måste göras. Likaså förtydligas reglerna om möjligheterna för en upphandlande myndighet att avsluta ett ingånget avtal.

Det har visat sig att kommissionens initiativ att under åren efter hand komplettera reglerna med ytterligare upphandlingsförfaranden och variationer inom upphandlingsförfarandena, som förnyad konkurrensutsättning, konkurrenspräglad dialog och elektronisk auktion, har varit framgångsrika. Kommissionen har fortsatt att utveckla förfarandena i syfte att anpassa dem till också specifika önskemål. I de nya reglerna introduceras det nya förfarandet innovationspartnerskap som syftar till att förbättra möjligheterna för de offentliga upphandlarna att ingå långsiktiga sådana partnerskap för utveckling och efterföljande köp av nya innovativa varor, tjänster eller byggtreprenader som inte finns på marknaden när partnerskapet inleds, utan att detta köp behöver föregås av ett särskilt upphandlingsförfarande.

Delbetänkandet innehåller vissa delar av de mer omfattande lagförslag som finns i Socialdepartementets promemoria Nya regler om upphandling (Ds 2014:25) och som således innehåller en sammanhållen version av den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Genomförandeutredningens arbete fortsätter nu med den särskilda frågan om en lag om upphandling av koncessioner i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU, vilket direktiv innehåller regler om tilldelning av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner.

1 Utredningens uppdrag och arbete

1.1 Uppdraget

Utredningen har fått i uppdrag att ge förslag till hur vissa bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM (2011)896) och förslaget till Europarådets och parlamentets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011)895) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktiven får när de antagits.

En utgångspunkt för uppdraget är att direktiven ska genomföras på samma sätt som de nuvarande direktiven genomförts, dvs. i två separata lagar för vardera slaget av upphandling.

I uppdraget ingår också att analysera och ge förslag till hur samtliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011)897) bör genomföras enligt den lydelse direktivet får när det antagits.

I uppdraget ingår också ytterligare moment. Regeringens direktiv finns som bilagor till delbetänkandet.

Den 26 februari 2014 antogs Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, förkortat LOU-direktivet, direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, förkortat LUF-direktivet, samt direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner, förkortat LUK-direktivet.

I detta delbetänkande behandlas de artiklar i LOU-direktivet och LUF-direktivet som omfattas av utredningens uppdrag. De föreskrifter i lag i avsnitt 14 som utredningen föreslår ska genomföra artiklarna ska införas i de förslag till nya lagar om offentlig

upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna som har utarbetats inom Socialdepartementet parallellt med utredningens arbete. De kompletta förslagen till de två nya lagarna, inklusive utredningens förslag till föreskrifter i dessa, redovisas i en av Socialdepartementet upprättad promemoria, Nya regler om upphandling (Ds 2014:25). LOU-direktivet och LUF-direktivet finns som bilagor till promemorian. Då departementspromemorian och detta delbetänkande är tänkta att remitteras tillsammans, har utredningen valt att inte bilägga EU-direktiven till betänkandet.

1.2 Utredningens arbete

Utredningen har genom täta kontakter med Socialdepartementet följt hur arbetet fortskridit avseende dels förhandlingarna inom EU beträffande LOU-direktivet och LUF-direktivet, dels departementspromemorian som behandlar genomförandet av direktiven i de delar som inte omfattas av utredningens uppdrag.

Utredningen har deltagit vid de referensgruppsmöten som Socialdepartementet anordnat för inhämtande av synpunkter på genomförandet av direktiven.

Inledningsvis hade utredningen kontakt med Upphandlingsutredningen 2010. Den utredningen avslutade dock sitt arbete i mars 2013. Utredningen har tagit del av Upphandlingsutredningen 2010:s betänkanden (SOU 2011:73 och SOU 2013:12) samt remissynpunkterna på utredningens bedömningar och förslag.

1.3 Arbetsmetod

Det är i övervägande grad fråga om att införliva direktivtexter i svensk rätt. Ett sådant genomförande av direktiv kan utföras på olika sätt. En metod kan vara att se mera till direktivens mål och vilket resultat det syftar till och skriva lagtexten med den utgångspunkten (jfr artikel 288 tredje stycket i EUF-fördraget). Men det har visat sig att ett sådant tillvägagångssätt inte leder till att direktivtext anses tillfredsställande genomförd. Tvärtom anses ett ordagrant införlivande vara den metod som bör användas.

1.3.1 Tillbakablick m.m.

Vad avser införlivning av just upphandlingsdirektiv genomfördes det första lagstiftningsprojektet genom vad som blev den första upphandlingslagen, lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Lagen omfattade all den upphandling som hanterades i de olika direktiv som då förelåg, inklusive rättsmedelsdirektiven. Genom 1992 års LOU angavs upphandlingsförfarandena i en lag, i vilken infördes de regler som var nödvändiga för att det skulle bli möjligt att tillämpa reglerna i en och samma lag oavsett vilken upphandling det än var som reglerna avsåg.

Lagen blev inte så omfattande som de underliggande direktiven var, utan byggde på att direktivtexternas innehåll koncentrerades och lagen disponerades så att deras innebörd framgick genom ordalydelsen och det sammanhang i vilket bestämmelserna presenterades.

Under åren som följde undergick 1992 års LOU flera ändringar. Flertalet av dessa berodde på att nya direktiv tillkommit som ändrade de äldre direktivbestämmelserna, men också på att det vid en granskning av direktivartiklarnas ordalydelse många gånger bedömdes att lagtexten skulle ändras så att den närmare anslöt till ursprungstexternas.

Men även inom unionen pågick lagstiftningsarbete och nya, moderniserade, upphandlingsdirektiv beslutades. Dessa låg till grund för det utredningsarbete som utfördes av Upphandlingsutredningen 2004 och vars arbete sedermera resulterade i 2007 års upphandlingslagar.

Det kan här antecknas att de lagtexter som 2007 års lagar innehåller är utformade i enlighet med den teknik som vid det laget hade vunnit mark. Lagrådet ansåg dock att den tekniken hade brister och anförde följande (prop. 2006/07:128 bil. 14 s. 595).

De nu föreslagna lagarna har utformats med sikte på att den svenska upphandlingslagstiftningen, både vad gäller struktur och språklig utformning ska ligga så nära direktiven som möjligt. Ett sådant förhållningssätt har naturligtvis den uppenbara fördelen att det är ägnat att trygga ett fullständigt genomförande av direktiven. Men det innebär också att de oklarheter som finns i direktiven och den många gånger komplexa utformningen av direktivens bestämmelser överförs till den svenska lagstiftningen. Det är, enligt Lagrådets mening, högst otillfredsställande att på detta sätt bara föra vidare tolkningsproblem till den nationella lagstiftningen och därmed till de många som ska tillämpa bestämmelserna. Resultatet blir en för både samhället och

tillämparna resurskrävande och ineffektiv lagstiftning. En sådan lagstiftningsteknik kan därför, enligt Lagrådets mening inte generellt godtas, utan måste modifieras för att tillgodose också andra syften, t.ex. att göra bestämmelserna begripliga och tydliga för dem som ska tillämpa lagstiftningen.

Regeringen svarade på Lagrådets synpunkt enligt följande (prop. 2006/07:128 bil. s. 140).

Regeringen instämmer i att direktivens komplexitet vid ett direktivnära genomförande kan leda till svårtillgänglig lagtext och därmed även tolkningsproblem. Regeringen delar också Lagrådets uppfattning att lagstiftningen generellt sett ska vara utformad så att tillämparna normalt bara skall behöva gå till det inhemska regelverket för att kunna ta reda på vad som gäller. Själva syftet med lagstiftningen är också att tillämparna skall anpassa sitt handlande efter de regler som ges och mot den bakgrunden måste utgångspunkten vara att göra bestämmelserna begripliga och tydliga för tillämparna. Lagtexten har därför efter synpunkter från Lagrådet och genom redaktionella ändringar genomgått avsevärda förändringar i syfte att undvika tillämpningssvårigheter.

Det kan alltså noteras att regeringen tog Lagrådets synpunkter till sig och den till Lagrådet remitterade texten blev utsatt för väsentliga ändringar, låt vara att de flesta av dessa dock var av redaktionell karaktär.

Den lagstiftningsteknik som sålunda kunde sägas ha blivit förhärskande upprepades i det projekt som gällde de nya rättsmedlen på upphandlingsområdet. Det föranledde Lagrådet att än en gång ange att texterna ur tillämpningssynvinkel inte var fullgoda. Lagrådet anförde följande (prop. 2009/10:180 del 2 s. 502).

Lagförslagen föreslås bli inarbetade i [2007 års upphandlingslagar] med bibehållande av den struktur som dessa lagar getts och har getts en språklig utformning som nära ansluter till den direktivbestämmelser som förslagen bygger på. En sådan lagstiftningsteknik har Lagrådet i flera lagstiftningsärenden haft anledning att ifrågasätta eftersom den har den nackdelen att förekommande oklarheter i direktivtexten också överförs till den svenska lagtexten [---]. Lagstiftningstekniken får dock numera anses allmänt vedertagen men Lagrådet vill ändå inledningsvis understryka att tekniken förutsätter att lagstiftaren genom olika exempel närmare utvecklar sin syn på de oklarheter som kan föreligga samt undersöker hur oklarheterna hanterats i andra medlemsstater och inte minst i EU-domstolens avgöranden.

Yttrandet i den citerade delen föranledde inte någon särskild kommentar från regeringens sida.

I ärendet angående en ny upphandlingslag på försvars- och säkerhetsområdet återkom Lagrådet till sina tidigare synpunkter på lagstiftningstekniken (prop. 2010/11:150 bil. 8 s. 263). Yttrandet föranledde i den delen inte någon särskild kommentar från regeringens sida.

Det bör också antecknas att denna teknik, som numera är vedertagen, kommenterades också i Upphandlingsutredningen 2004:s betänkande Nya upphandlingsregler 2 enligt följande (SOU 2006:28 s. 212).

Av flera olika skäl är det vanligen svårt att göra några bestämda uttalanden om tolkningen och tillämpningen av gemenskapens rättsakter. Ett av skälen är att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna sällan är fullständiga eller klara, vilket givetvis gäller även viss nationell lagstiftning. Ett annat är att det oftast inte finns tillgång till några klargörande uttalanden i förarbetena till gemenskapens rättsakter om den närmare innebörden av en oklar eller ofullständig bestämmelse. Det finns inte heller möjlighet att dra några säkra slutsatser av nationell praxis, eftersom det är endast EG-domstolen som kan göra auktoritativa uttalanden om tolkningen och tillämpningen av gemenskapsrätten. Vad nu sagts gäller generellt och alltså även i fråga om bestämmelserna om upphandling.

Det är därför uppenbart att bestämmelsernas innebörd, i den mån den inte är tydlig eller framgår av EG-domstolens redan meddelade domar, kommer att behöva klarläggas. I någon mån kan detta göras i nationell lagstiftning men slutligen är det EG-domstolen som när den blir underställd en tolkningsfråga får avgöra innebörden. Dessvärre ger inte heller EG-domstolens domar alltid någon heltäckande förklaring av gemenskapsrätten. Domstolen svarar på frågor om gemenskapsrättens rätta innebörd som ställts i en begäran om förhandsavgörande eller tar ställning till kommissionens påståenden om fördragsbrott. Det ankommer enligt domstolen regelmässigt på den nationella domstol som begärt ett förhandsavgörande att tillämpa EG-domstolens tolkning av gemenskapsrätten på den särskilda situation som skall bedömas av den nationella domstolen. Därtill kommer att EG-domstolen i flera fall har förklarat att ett förhållande i och för sig inte strider mot gemenskapsrätten men försett godkännandet med förbehållet att detta gäller endast om grundläggande gemenskapsrättsliga principer iakttas, vilket måste bedömas av den nationella domstolen.

När det gäller införlivande av direktivtexter har EU-domstolen uttalat följande i mål C-371/02, *Björnekulla*, (punkt 13).

När en nationell domstol gör en tolkning av nationell rätt är den, oavsett om det rör sig om bestämmelser som antagits före eller efter ett direktiv, skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås och därmed agera i överensstämmelse med artikel 249 tredje stycket EG (se, bland annat, dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, *Marleasing*, REG 1990, s. I-4135, punkt 8, svensk specialutgåva, volym 10, s. 575, och av den 12 februari 2004 i mål C-218/01, *Henkel*, REG 2004, s. I-1725, punkt 60), *även om det finns upplysningar av motsatt innebörd, om hur lagen skall tolkas, i förarbetena till den nationella bestämmelsen.* (utredningens kursivering).

Med anledning av vad EU-domstolen uttalade i målet *Björnekulla* kan det finnas skäl att påminna om att tekniken med förklarande uttalanden i förarbetena kommenterats av Lagrådet i ett lagstiftningsärende som syftade till att genomföra ett EG-direktiv angående mönsterskydd, mönsterdirektivet (prop. 2001/02:121 s. 192–193).

Mönsterdirektivets olika artiklar lämnar ibland utrymme för skilda tolkningar och regeringen gör på några ställen i remissen uttalanden om hur direktivtexten enligt regeringens mening bör uppfattas (se t.ex. diskussionen i avsnitt 6.3.2 angående det i artikel 1 a använda uttrycket "produktfels utseende"). Detta aktualiserar den i den rättsliga doktrinen på senare år ofta berörda frågan om möjligheten för lagstiftaren att i förarbetena till en lag på ett område som omfattas av EG-rätten göra uttalanden till ledning för de domstolar och andra myndigheter som skall tillämpa lagen (se bl.a. Ulf Öberg och Ulf Bernitz i *Juridisk Tidskrift* 2000/2001 s. 492 resp. 698).

I propositionen om Sveriges medlemskap i Europeiska unionen uttalade regeringen (prop. 1994/95:19 s. 529) att redan den omständigheten att vi genom anslutningen förbinder oss att verka för en enhetlig tolkning och tillämpning av reglerna i EG-rätten i princip omöjliggör att det i propositioner och utskottsbetänkanden i samband med införlivandet av sådana regler görs uttalanden om hur dessa regler skall tolkas. Däremot kan det enligt regeringen många gånger vara lämpligt att lagstiftaren delar med sig av sina EG-rättsliga kunskaper. Ett motivuttalande av detta slag får emellertid aldrig göra anspråk på att utgöra ett auktoritativt besked om en bestämmelses rätta tolkning utan bör snarast ses som ett på fakta och erfarenhet grundat övervägande om hur frågan kan komma att bli bedömd av i sista hand EU-domstolen.

Lagrådet kan inte heller se något hinder mot att det i svenska lagförarbeten görs uttalanden av sådant slag. Om en regel i ett EG-

direktiv förefaller oklar och lämnar utrymme för lagstiftaren att välja mellan skilda sätt för dess genomförande i svensk rätt, framstår det tvärtom som naturligt och önskvärt att lagstiftaren har möjlighet att argumentera för varför han valt just den lösning som lagförslaget bygger på. Det får sedan ankomma på de rättstillämpande organen att värdera dessa uttalanden efter den sakliga tyngden hos de framförda argumenten mer än utifrån auktoriteten hos den som framför dem. Skulle det visa sig vara motiverat kan domstolarna alltid begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen.

1.3.2 Utredningens slutsats

Genomförandet av direktivtexter

Såvitt utredningen kan bedöma är det inte bara i upphandlings-sammanhang den vedertagna metoden för att genomföra direktiv sedan några år är att den svenska ordalydelsen av en föreskrift som bygger på en motsvarande bestämmelse i ett direktiv ska vara så direktivnära som möjligt. Inom just upphandlingsområdet är det också klarlagt att detta varit den metod som använts i den serie av lagstiftningsprojekt som inleddes med 2007 års upphandlingslagar, låt vara att tekniken synes ha använts också tidigare genom de många ändringar av 1992 års upphandlingslag, vilka angavs syfta till att åstadkomma en närmare anknytning till den bakomliggande bestämmelsens ordalydelse.

Den bedömning som Upphandlingsutredningen 2004 gjorde i citatet ovan är alltså alltså i hög grad en relevant och välgrundad bedömning.

Utredningens slutsats är därför att det inte finns anledning att nu sträva efter att åstadkomma något förtydligande av texter, ord eller begrepp som utredningen uppmärksammar. För att i någon mån dock underlätta för den kommande tillämpningen av reglerna anger utredningen där det är befogat vilka tolkningsproblem som uppstått och anger också anledningen till de val som gjorts.

De lagtexter som redovisas i det följande är alltså framtagna med tillämpning av denna numera vedertagna lagstiftningsteknik.

Utredningen har dock på några områden sett sig föranlåten att på grund av vägande skäl frångå den sålunda vedertagna lagstiftnings-tekniken. Skälen för detta redovisas i de aktuella avsnitten.

Överföring av texter som inte styrs av direktiven

I utredningens uppdrag ingår inte att överväga att införa en ordning som avviker från dagens när det gäller sådana upphandlingar som inte omfattas av upphandlingsdirektiven. Det kommer sålunda i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna finnas ett kapitel som motsvarar nuvarande 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och 15 kap. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

I de första direktiven till utredningen anges (dir. 2012:96 s. 11) att utredaren ”Vidare ska [---] analysera och utarbeta författningsförslag avseende upphandlingar och koncessioner som inte eller endast delvis omfattas av direktiven, dvs. främst sådana som understiger direktivens tröskelvärden och som enligt nuvarande regelverk omfattas av 15 kap. LOU och LUF.”

Av denna formulering följer att det ligger inom utredningens uppdrag att överväga ifall de artiklar som uppdraget specifikt omfattar bör få någon form av motsvarighet såvitt det blir fråga om upphandlingar under tröskelvärdena eller eljest undantagna upphandlingar. Ett exempel på hur utredningen förhållit sig till det uppdraget finns i avsnitt 11 om sociala tjänster och andra särskilda tjänster reserverade kontrakt för vissa tjänster.

Däremot finns i nuvarande 15 kap. LOU och LUF paragrafer som inte har någon motsvarighet över tröskelvärdena. Detta gäller främst regleringen av upphandlingsförfarandena. Vidare bör t.ex. regleringen i nuvarande 15 kap. 17 § LOU och LUF om onormalt låga anbud anpassas till utredningens förslag för motsvarande reglering över tröskelvärdena.

Det kan finnas anledning att här påminna om anledningen till att det över huvud taget infördes bestämmelser om upphandling under tröskelvärdena. Frågan diskuterades i lagstiftningsärendet som resulterade i 1992 års LOU. I prop. 1992/93:88 hänvisades till att de då gällande regelverken, dvs. den statliga upphandlingsförordningen och de kommunala upphandlingsreglementena, omfattade all upphandling oavsett dess beloppsmässiga värde. Det bedömdes emellertid inte finnas någon anledning att detaljreglera den mindre upphandlingen i samma utsträckning som nu skulle komma att gälla på grund av de nya reglerna över tröskelvärdena. Det antecknades också i förarbetena att den ”mindre” upphandlingen totalt uppgick till betydande belopp trots att varje enskild upphandling kanske inte

gjorde det. Det ansågs således att det borde vara en tillräcklig reglering att endast vissa angivna bestämmelser skulle gälla för denna mindre upphandling. Det angavs slutligen att den lösningen inte innebar någon annan ändring är att den upphandling som därtills inte kunnat bli föremål för domstolsprövning härnäst skulle kunna prövas i domstol (prop. s. 43).

Redan de ursprungliga upphandlingsdirektiven innehöll uppdelningen i A- och B-tjänster. Denna skillnad iaktogs i 1992 års LOU på det sätt som därefter bestått också i gällande regelverk, dvs. att B-tjänsterna regleras i nuvarande 15 kapitel i LOU och LUF.

Det nu sagda innebär att det får ankomma på utredningen att i anledning av det ovan citerade avsnittet ur utredningens direktiv göra en genomgång av de bestämmelser som finns i de nämnda kapitlen och som får antas beröras av utredningens artiklar i direktiven och bedöma huruvida dessa bör vara kvar i oförändrat eller eventuellt ändrat skick. Det skulle med det synsättet alltså ingå i uppdraget att överväga innehållet i flera av de paragrafer som ska ingå i de nya lagarnas kapitel om upphandling som inte omfattas av direktiven. Den närmare utformningen av respektive paragraf kommer därvid bestämmas i linje med utredningens uppdrag på de ej direktivstyrda områdena.

Det säger sig självt att arbetet i denna del inte kunnat utföras enbart i utredningens regi, eftersom arbetet i stora delar också innefattar hänsyn till det arbete som ligger till grund för departementspromemorian, Ds 2014:25, som ju innehåller huvuddelen av lagtextmassan. De överväganden och förslag som kommer anges i delbetänkandet på nu aktuellt område bygger således i stora delar på ett kontinuerligt samråd beträffande de aktuella kapitlenas utformning med den arbetsgrupp inom Socialdepartementet som tagit fram departementspromemorian.

Det ligger därmed också i sakens natur att några närmare överväganden avseende innehållet i de paragrafer som, i enlighet med det sagda, ligger utanför uppdraget inte gjorts. Utredningen har i de delarna enbart försökt att säkerställa att paragraferna fyller avsedd funktion också i de nya lagarna utan att de materiellt ändras.

2 Undantag från upphandlingsdirektiven – avtal mellan vissa parter

2.1 Inledning

I 2014 års upphandlingsdirektiv finns bestämmelser som innebär att direktiven inte ska tillämpas om en upphandlande myndighet sluter avtal i vissa närmare beskrivna situationer. Av bestämmelserna på detta område omfattas av utredningens uppdrag de om

- offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn (artikel 12 i LOU-direktivet) och
- kontrakt mellan upphandlande myndigheter (artikel 28 i LUF-direktivet).

2.2 Avtal mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller mellan upphandlande myndigheter

2.2.1 Nuvarande ordning

Gällande regler på området bygger på EU-domstolens praxis som utvecklats med början i domen i mål C-107/98, *Teckal*, och som innebär undantag från upphandlingsskyldigheten i vissa situationer som i nuvarande lag om offentlig upphandling anges som undantag från begreppet kontrakt så som detta definieras i denna lag. Undantaget finns i nuvarande 2 kap. 10 a § LOU. På anförda skäl ansåg regeringen att något undantag inte skulle införas i nuvarande lag om upphandling inom försörjningssektorerna (se prop. 2011/12:106 s. 52).

Undantaget innebär att ett avtal mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd inte ska anses som ett kontrakt enligt nuvarande lag om offentlig upphandling. Den första förutsättningen för detta är att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet). Den andra förutsättningen är att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den (verksamhetskriteriet).

2.2.2 2014 års upphandlingsdirektiv

I artikel 12 i LOU-direktivet och artikel 28 i LUF-direktivet finns bestämmelser om offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn och om kontrakt mellan upphandlande myndigheter. Artiklarna är indelade i fem punkter. Punkterna 1–3 i båda artiklarna avser interna kontrakt (jfr EU-domstolens praxis med början i Teckal). Frågan om sådan kontrakt behandlas i skälen 31 och 32 i LOU-direktivet och skäl 38 i LUF-direktivet. Punkten 4 i båda artiklarna avser kontrakt mellan upphandlande myndigheter (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland [*Hamburg*]). Frågan om sådana kontrakt behandlas i skälen 31 och 33 i LOU-direktivet och skäl 38 i LUF-direktivet. Punkten 5 som avslutar båda artiklarna innehåller bestämmelser om hur verksamhetsandelen ska bestämmas.

2.2.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om avtal mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller mellan upphandlande myndigheter i artikel 12 i LOU-direktivet och artikel 28 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Frågan om detta s.k. in house-undantag har varit föremål för en omfattande diskussion sedan domen i Teckal-målet avkunnades. EU-domstolen har i flera avgöranden efter Teckal-målet vidareutvecklat sin praxis. Dessa avgöranden redovisas t.ex. i prop. 2011/12:106 (s. 16 ff) som ligger till grund för det nu gällande undantaget. Frågan har dessutom utretts av OFUKI-utredningen i dess betänkande Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43). Undantaget har också diskuterats i Andrea Sundstrands doktorsavhandling Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt (Stockholm 2012, s. 163) och nu senast i Åsa Örnbergs doktorsavhandling Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt (Stockholm 2014, s. 147). Frågan blev i hög grad aktuell i samband med rättsfallet RÅ 2008 ref. 26 (det s.k. SYSAV-målet). Området får dock alltjämt anses tillhöra de mest oklara områdena inom upphandlingen, om än det egentligen avser endast en mindre del av hela regelverket för offentlig upphandling (se Lagrådet i prop. 2011/12:106 s. 160).

Det senaste avgörandet från EU-domstolen i vilket Teckal-kriterierna nämns är från den 8 maj 2014 i målet C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg*. Vidare kan nämnas domen från den 13 juni 2013 i mål C-386/11, *Piepenbrock*. I inget av dessa avgöranden ansågs kontrollkriteriet vara uppfyllt.

I förevarande upphandlingsdirektiv har EU-lagstiftaren gjort ett försök att kodifiera denna praxis från EU-domstolen och reglera undantaget och dess räckvidd. Man har därvid funnit skäl att t.ex. ange att verksamhetskriteriet ska bedömas med utgångspunkt i att den kontrollerade juridiska personen utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning eller för andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten utövar kontroll över.

Genom nu föreliggande direktiv ska detta s.k. in house-undantag också införas i försörjningssektorerna, se artikel 28 i LUF-direktivet. Eftersom direktivet i denna del inte lämnar något bedömningsutrymme för medlemsstaterna ska således artikel 28 genomföras också i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Regeringens skäl för att i tidigare lagstiftningsarbete inte införa in house-undantaget också i nuvarande lag har alltså förlorat sin bärkraft. Det ska här noteras att regleringen enligt artikelns ordalydelse endast gäller för upphandlande myndigheter.

Artiklarna bör sålunda i de nya lagarna genomföras genom bestämmelser om dels interna kontrakt (jfr artikel 12.1–3 i LOU-direktivet och artikel 28.1–3 i LUF-direktivet), dels kontrakt mellan upphandlande myndigheter (jfr artikel 12.4 i LOU-direktivet och artikel 28.4 i LUF-direktivet).

Sammanfattningsvis ska bestämmelserna i artikel 12 i LOU-direktivet och artikel 28 i LUF-direktivet genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Dessa föreskrifter bör placeras i olika kapitel i respektive lagar. I anslutning till definitionen av kontrakt i kapitlet Lagens innehåll och definitioner i de båda nya lagarna bör placeras en föreskrift om att sådana avtal som sluts med en juridisk person inte är ett sådant kontrakt som avses enligt definitionen, om avtalet är att anse som ett sådant internt kontrakt som avses i artikel 12.1–3 i LOU-direktivet och artikel 28.1–3 i LUF-direktivet. Bestämmelserna som genomför artikel 12 i LOU-direktivet och artikel 28 i LUF-direktivet i övrigt bör placeras i kapitlet Lagens tillämpningsområde i de båda nya lagarna.

3 Allmänna bestämmelser

3.1 Inledning

I 2014 års upphandlingsdirektivs kapitel med allmänna bestämmelser regleras fem av de områden som omfattas av utredningens uppdrag, nämligen

- principer för offentlig upphandling/upphandling (artikel 18 i LOU-direktivet och artikel 36 i LUF-direktivet),
- reserverade kontrakt (artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet),
- sekretess (artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet),
- kommunikation (artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet) och
- intressekonflikter (artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet).

3.2 Principer för upphandling

3.2.1 Nuvarande ordning

Allmänna principer

I skäl 2 i 2004 års LOU-direktiv och skäl 9 i 2004 års LUF-direktiv berörs de allmänna principer som kan härledas från EU-fördraget och som har särskild betydelse vid upphandling. Principerna som särskilt anges är principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen.

Av båda skälen kan utläsas att ovan nämnda principer behöver kompletteras med regelverk som gäller för upphandlingar av kontrakt som överstiger vissa värden. Detta regelverk utgörs av de två nämnda direktiven. Enligt skälen syftar dock direktivens regler inte bara till att säkerställa att de allmänna principerna får effekt utan även till att garantera att upphandling enligt direktiven öppnas upp för konkurrens.

I artikel 2 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 10 i 2004 års LUF-direktiv finns bestämmelser om principer för tilldelning av kontrakt. I båda artiklarna anges att upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.

Genom bestämmelserna i nuvarande 1 kap. 9 § LOU och nuvarande 1 kap. 24 § LUF har ovanstående principer och artiklar genomförts i svensk rätt. I förarbetena till bestämmelserna utvecklas med hänvisning till relevant rättspraxis från EU-domstolen vad respektive princip innebär (se prop. 2006/07:128 s. 151–157, 293 och 463). När det gäller EU-domstolens rättspraxis kan noteras att ifrågavarande principer ofta utgör ett uttryckligt tema för domstolens argumentation. Från senare år kan nämnas domstolens avgöranden i mål C-213/07, *Michaniki* (se punkterna 39, 45 och 48), mål C-305/08, *CoNISMa* (se punkterna 37–42) och mål C-599/10, *SAG ELV Slovensko m.fl.*, (se punkt 25).

Miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter

I skäl 1 i båda upphandlingsdirektiven från år 2004 förklaras att direktiven bygger på EU-domstolens rättspraxis, särskilt i fråga om upphandlande myndigheters och enheters möjligheter att tillgodose allmänna behov på miljöområdet och det sociala området. Det betonas vidare att tilldelningskriterierna ska bl.a. vara kopplade till kontraktsföremålet och stå i överensstämmelse med de allmänna principerna. När det gäller tilldelningskriterier som avser att tillgodose miljökrav och sociala krav, utvecklar EU-lagstiftaren i skäl 46 fjärde stycket i 2004 års LOU-direktiv och i skäl 55 tredje stycket i 2004 års LUF-direktiv ytterligare vilka krav de allmänna principerna ställer på utformningen av sådana kriterier.

Frågan om arbetsrättsliga skyldigheter berörs i skälen 33 och 34 i 2004 års LOU-direktiv och i skälen 44 och 45 i 2004 års LUF-direktiv i anslutning till villkor för fullgörande av kontrakt. Det

anges därvid att skyldigheter att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner kan användas som villkor för fullgörande av kontrakt. Vidare anges bl.a. att gällande lagar, förordningar och kollektivavtal rörande anställningsvillkor och arbetarskydd, på såväl nationell nivå som gemenskapsnivå, är tillämpliga vid fullgörandet av ett kontrakt.

I 2004 års upphandlingsdirektiv realiserar uttalandena i skälen beträffande miljökrav, sociala krav och arbetsrättsliga skyldigheter genom ett system med flera olika bestämmelser. Dessa är bl.a. bestämmelserna om fullgörande av kontrakt (artikel 26 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 38 i 2004 års LUF-direktiv), krav för val av leverantörer (artikel 48.2 f i 2004 års LOU-direktiv), tilldelningsgrunder (artikel 53 första stycket 1 a i 2004 års LOU-direktiv och artikel 55.1 a i 2004 års LUF-direktiv) och onormalt låga anbud (artikel 55.1 andra stycket d i 2004 års LOU-direktiv och artikel 57.1 andra stycket d i 2004 års LUF-direktiv).

Ovannämnda bestämmelser har i svensk rätt genomförts genom bestämmelser om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt (nuvarande 6 kap. 13 § LOU och 6 kap. 14 § LUF), bevis på teknisk kapacitet (nuvarande 11 kap. 11 § LOU), alternativa grunder för tilldelning av kontrakt (nuvarande 12 kap. 1 § i både LOU och LUF) och onormalt låga anbud (nuvarande 12 kap. 3 § i både LOU och LUF).

Systemet av bestämmelser i nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna tillfördes år 2010 särskilda bestämmelser om miljöhänsyn och sociala hänsyn. Dessa bestämmelser återfinns i nuvarande 1 kap. 9 a § LOU och 1 kap. 24 a § LUF. Bestämmelserna bygger på förslagen som Upphandlingsutredningen 2004 lämnade i sitt slutbetänkande (SOU 2006:28). I betänkandet finns en omfattande redogörelse av EU-domstolens praxis på området (se s. 180–186). Regeringens överväganden beträffande bestämmelserna finns i prop. 2009/10:180 (se s. 267–273, 317 och 376).

Utöver de rättsfall som nämns i ovan nämnda utrednings slutbetänkande kan från senare praxis nämnas EU-domstolens dom i mål C-368/10, Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna (*EKO och MAX HAVELAAR*).

När det gäller vad EU-rätten tillåter i övrigt i fråga om arbetsrättsliga rättigheter och skyldigheter bör nämnas domstolens avgöranden i mål C-341/05, *Laval un Partneri*, och mål C-346/06, *Rüffert*. Det förstnämnda målet analyseras för övrigt i Upphandlings-

utredningen 2004:s slutbetänkande. Utredningens uppdrag innefattade nämligen att utreda om ILO:s konvention nr 94 var förenlig med 2004 års upphandlingsdirektiv. Utredningen redogör utförligt för hur de båda regelkomplexen förhåller sig till varandra (se SOU 2006:28 s. 315–366). Utredningen uttalade vidare följande beträffande villkor för ett kontrakts fullgörande (s. 362 f.).

Om en upphandlande myndighet kräver att arbetsvillkoren skall motsvara vad som följer av ett representativt kollektivavtal som täcker det aktuella arbetet, kan detta ses som ett sådant villkor för fullgörande av kontraktet som regleras i artikel 26 i det klassiska direktivet och artikel 38 i försörjningsdirektivet; artiklarna tillåter dessutom uttryckligen bl.a. sociala krav. En grundläggande förutsättning är att kravet, förutom att det måste ha bekantgjorts, är förenligt med gemenskapsrätten. EG-domstolens praxis angående godtagbara inskränkningar av den fria rörligheten för tjänster är här av intresse.

3.2.2 Riksdagens tillkännagivande bet. 2010/11:AU3

I nu aktuella utredningsdirektiv anges att riksdagens tillkännagivande i bet. 2010/11:AU3 om ändringar i lagen om offentlig upphandling ska beaktas av utredningen. Av betänkandet (s. 14–16) framgår att riksdagen för regeringen tillkännagav att lagen om offentlig upphandling borde ändras så att arbetsmiljöhänsyn kunde tas och krav ställas på villkor enligt svenska kollektivavtal.

Av betänkandet framgår att riksdagen hade behandlat frågeställningen tidigare vid flera tillfällen. Frågeställningen har vidare behandlats i riksdagen vid flera tillfällen därefter. Senast har finansutskottet i betänkandet Offentlig upphandling (bet. 2013/14:FiU27) behandlat frågor om kollektivavtal; djurskydd; miljökrav, transport m.m.; och sociala hänsyn (se s. 8–16).

3.2.3 2014 års upphandlingsdirektiv

Allmänna principer

I skäl 1 i LOU-direktivet och skäl 2 i LUF-direktivet behandlas de allmänna principerna och direktivens betydelse för att kunna säkerställa en öppen konkurrens vid upphandlingar. Skälen motsvarar ovan behandlade skäl i 2004 års upphandlingsdirektiv.

I artikel 18.1 i LOU-direktivet och artikel 36.1 i LUF-direktivet finns bestämmelser om principer om upphandling. Bestämmelserna

i artiklarnas första stycken motsvarar de i artikel 2 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 10 i 2004 års LUF-direktiv. I artiklarnas andra stycken finns dock bestämmelser som saknar uttryckliga motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv.

I artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet anges att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från direktivens tillämpningsområden eller på ett konstgjort begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska enligt samma stycken anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa leverantörer.

Miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter

I likhet med skälen i 2004 års upphandlingsdirektiv framhålls i 2014 års upphandlingsdirektiv vikten av att upphandlande myndigheter och enheter när så är lämpligt utnyttjar möjligheterna att vid upphandlingar ta miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn. Att möjligheterna utnyttjas att ta sådana hänsyn när det är lämpligt kan sägas ha ytterligare satts i förgrunden av EU-lagstiftaren genom 2014 års upphandlingsdirektiv. Denna ökade fokusering på miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn kommer till tydligast uttryck i – de likalydande – skäl 37 i LOU-direktivet och skäl 52 i LUF-direktivet. I skäl 37 i LOU-direktivet anför EU-lagstiftaren följande.

I syfte att på ett lämpligt sätt integrera miljö-, social- och arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingsförfaranden är det av särskild vikt att medlemsstater och upphandlande myndigheter vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga på den ort där byggentreprenaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls och som följer av lagar, författningar, dekret och beslut både på nationell nivå och unionsnivå, samt av kollektivavtal, förutsatt att dessa bestämmelser och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten. Likaså bör de skyldigheter som följer av internationella avtal som har ratificerats av alla medlemsstater och som förtecknas i bilaga XI tillämpas under fullgörandet av kontraktet. Detta bör dock inte på något sätt hindra att arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna tillämpas.

De relevanta åtgärderna bör tillämpas i överensstämmelse med de grundläggande principerna i unionsrätten, särskilt i syfte att säkerställa likabehandling. Sådana relevanta åtgärder bör tillämpas i enlighet med

Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG och på ett sätt som säkerställer likabehandling och inte direkt eller indirekt diskriminerar ekonomiska aktörer och arbetstagare från andra medlemsstater.

Det är sålunda enligt EU-lagstiftaren av vikt att upphandlande myndigheter och enheter vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga krav. Vad som utgör sådana relevanta åtgärder följer av skälen i övrigt i 2014 års upphandlingsdirektiv.

I skäl 40 i LOU-direktivet och skäl 55 i LUF-direktivet anges bl.a. att kontrollen av att de miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelserna följs bör genomföras under en upphandlings relevanta skeenden. I skälen nämns därvid att kontrollen kan genomföras vid tillämpningen av de allmänna bestämmelserna om val av leverantörer, bestämmelserna om uteslutning av leverantörer och bestämmelserna om onormalt låga anbud. Det beskrivs vidare i skälen 91–99 i LOU-direktivet och skälen 96–104 i LUF-direktivet hur miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn kan tas när anbud utvärderas. Det kan noteras att EU-lagstiftaren nämner att sociala och miljörelaterade hänsyn kan tas genom villkor för fullgörande av kontrakt (skäl 97 i LOU-direktivet och skäl 102 i LUF-direktivet). De allmänna förutsättningar för villkor för fullgörande av kontrakt utvecklas vidare i skäl 104 i LOU-direktivet och skäl 109 i LUF-direktivet. Ytterligare ett moment under en upphandling som nämns i skälen där miljöhänsyn och sociala hänsyn kan få betydelse är kontrollen av om skäl för uteslutning föreligger. Detta framgår av skäl 101 i LOU-direktivet och skäl 106 i LUF-direktivet. I skäl 103 i LOU-direktivet och skäl 108 i LUF-direktivet beskrivs vidare att reglerna om onormalt låga anbud kan användas för att stävja osunda ageranden som hänger samman med att leverantörer inte iakttar med unionsrätten förenliga regler på miljö-, social- eller arbetsrättens område. Avslutningsvis ska också nämnas bestämmelserna om underleverantörer. I skäl 105 i LOU-direktivet och skäl 110 i LUF-direktivet anges att det är viktigt att underleverantörernas iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i bl.a. unionsrätten, nationell rätt eller kollektivavtal säkerställs genom lämpliga åtgärder. Det anges vidare att detta gäller under förutsättning att skyldigheterna i fråga har fastställts i instrument vars regler överensstämmer med unionsrätten.

Bestämmelserna som särskilt tar sikte på miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter finns i de likalydande artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet. I artikel 18.2 i LOU-direktivet anges följande.

Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.

I bilaga X till LOU-direktivet och bilaga XIV till LUF-direktivet finns en förteckning över de internationella sociala och miljörelaterade konventioner som avses i artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet.

Som implicit framgått ovan innehåller flera artiklar i direktiven hänvisningar till de skyldigheter som avses i artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet. Sådana hänvisningar finns i bestämmelserna om

- allmänna principer för val av deltagare samt tilldelning av kontrakt (artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 76.6 i LUF-direktivet),
- skäl för uteslutning (artikel 57.4 första stycket a i LOU-direktivet),
- onormalt låga anbud (artikel 69.2 d och 69.3 i LOU-direktivet och artikel 84.2 d och 84.3 i LUF-direktivet), och
- anlåtande av underleverantör (artikel 71.1 och 71.6 i LOU-direktivet och artikel 88.1 och 88.6 i LUF-direktivet).

Utöver de ovan nämnda bestämmelserna bör även nämnas de likalydande bestämmelserna om villkor för fullgörande av kontrakt i artikel 70 i LOU-direktivet och artikel 87 i LUF-direktivet. I artikel 70 i LOU-direktivet anges följande.

En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras, under förutsättning att de är kopplade till kontraktets föremålet i den mening som avses i artikel 67.3 och anges i anbudsinfordran eller upphandlingsdokumenten. Dessa krav får omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade, miljörelaterade, sociala eller sysselsättningsrelaterade hänsyn.

Avslutningsvis kan noteras att EU-kommissionen i anslutning till antagandet av 2014 års upphandlingsdirektiv uttalade (se rådsdokumentet 5860/14 i det interinstitutionella ärendet 2011/0437 (COD)) att bestämmelserna i artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet ingår i befintlig gällande unionslagstiftning. Kommissionen anförde vidare att artiklarna måste tillämpas i överensstämmelse med unionslagstiftningen och med beaktande av de grundläggande principerna, särskilt angående lika-behandling och icke-diskriminering, vilket inbegriper leverantörer från andra medlemsstater.

3.2.4 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om principer för upphandling i artikel 18 i LOU-direktivet och artikel 36 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Allmänna principer

Som framgått ovan motsvarar det som sägs i fråga om de allmänna principerna i skälen och i artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv den ordning som gäller i dag enligt 2004 års upphandlingsdirektiv. Artikel 18.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 första stycket i LUF-direktivet bör därför genomföras med bestämmelserna i nuvarande 1 kap. 9 § LOU och nuvarande 1 kap. 24 § LUF som förebilder.

När det gäller artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet, finns det inte några uttryckliga motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv. Enligt utredningen får det dock antas att det som anges i nämnda stycken gäller redan enligt dagens ordning. Bl.a. torde sådant konkurrensbegränsande agerande som avses i artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet strida mot principen om icke-diskriminering.

Behovet av en sådan reglering som avses i artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet kan sålunda ifrågasättas med hänsyn till att syftet med

regleringen uppnås redan med en tillämpning av de allmänna principerna. Om man dessutom beaktar att begreppet ”på ett konstgjort sätt” är något oklart, är det inte givet att bestämmelserna bör genomföras genom direktivnära föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Vad motivet är till bestämmelserna i artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet framgår inte entydigt av direktiven. Det kan dock antas att EU-lagstiftaren har bedömt att det finns ett behov av att hindra skraddarsydd upphandlingar som syftar till att uppnå ett visst resultat i fråga om vilken leverantör som ska tilldelas kontrakt. Förhoppningen på en reglering av nu aktuellt slag torde vara att den tydligt signalerar att ett sådant missbruk av regelverket är oacceptabelt och att den ger ett stöd i arbetet med att få bukt med missbruket.

Sammanfattningsvis anser utredningen att det inte finns något vägande skäl emot att också på denna punkt genomföra direktivtexten på ett så direktivnära sätt som möjligt.

Miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter

Bestämmelserna om miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter i artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet innebär enligt utredningen inte att möjligheterna att ta hänsyn till sådana skyldigheter vid upphandling har förändrats i förhållande till den ordning som följer av 2004 års direktiv. Som utredningen har konstaterat är bestämmelserna snarare ett uttryck för att EU-lagstiftaren har önskat framhålla möjligheterna att ställa krav hänförliga till de skyldigheter som avses i artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet. Detta framgår enligt utredningen redan av ordalydelsen i de båda artiklarnas punkter. Det anges ju att medlemsstaterna ska vidta ”lämpliga åtgärder” för att säkerställa att leverantörerna när ”de fullgör offentliga kontrakt” iakttar de skyldigheter som avses i punkterna. Bestämmelserna får närmast ge uttryck för en erinran om att villkor av aktuellt slag mycket väl kan ställas i en upphandling.

Vad som är lämpliga åtgärder följer av bestämmelserna i övrigt i 2014 års upphandlingsdirektiv. Vad som kan vara lämpliga åtgärder

i upphandlingssammanhang framgår av utredningens redogörelse i avsnittet närmast ovan.

En upphandlande myndighet eller enhet ska sålunda – precis som har varit fallet hittills – kunna ta miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn inom de ramar som har slagits fast genom EU-domstolens uttolkning av upphandlingsdirektiven och EU-rätten i övrigt. Vilka dessa ramar är framgår av den rättspraxis som utredningen har hänvisat till i avsnitt 3.2.1 ovan.

I denna del anser utredningen att avgörandet EKO och MAX HAVELAAR tyder på en utveckling av den praxis från EU-domstolen som redan tillåter hänsyn av förevarande slag (se t.ex. mål C-448/01, *EVN Wienstrom*, ang. ”grön el”, till vilken EKO och MAX HAVELAAR hänvisar i punkt 88). Avgörandet är dock svårtolkat eftersom dess resonemang är avhängigt bl.a. hur EU-kommissionen utfört sin talan och av hur det ifrågasatta förfrågningsunderlaget formulerats i förhållande till reglerna om tekniska specifikationer, tilldelningsgrunder och särskilda kontraktsvillkor.

Såvitt är av intresse i förevarande sammanhang anser sig utredningen dock kunna sluta sig till att hänsyn av nu aktuella slag kan utformas som t.ex. särskilda kontraktsvillkor, vilket då i sig talar för att tillämpningsområdet för sådana villkor relativt sett utvidgats (jfr punkterna 74 ff). På grund av hur processen i EU-domstolen utformades kom avgörandet emellertid inte att specifikt omfatta frågan om särskilda kontraktsvillkor. Det framgår dock av nämnda punkter i domen att så skulle kunna vara fallet, något som utredningen anser vara av stor betydelse för hur upphandlingen i framtiden kommer att kunna utvecklas.

I avgörandet kommer EU-domstolen därefter in på frågan om ett krav på rättvisemärkning kunde utgöra ett tilldelningskriterium. Så ansågs vara fallet och EU-domstolen ansåg vidare att det fanns en tillräcklig koppling mellan detta kriterium och kontraktsföremålet (punkterna 89–92). Utredningen vill här särskilt peka på att EU-domstolen i punkt 91 hänvisar till punkt 110 i generaladvokatens förslag till avgörande när domstolen drar slutsatsen att det inte krävs att ett tilldelningskriterium avser en varas egenskaper som sådana, det vill säga ett element som faktiskt utgör en del av varan. I nämnda punkt 110 utvecklar generaladvokaten sin bedömning enligt följande.

Vad gäller varumärket Max Havelaar så definierar det visserligen inte några produkttegenskaper i egentlig mening som är av betydelse inom ramen för tekniska specifikationer (artikel 23 direktiv 2004/18). Detta varumärke ger emellertid upplysning om huruvida de varor som ska levereras är rättvisemärkta. En sådan aspekt kan beaktas inom ramen för kraven för fullgörande av kontraktet (artikel 26 i direktiv 2004/18). Den kan således inte a priori anses sakna samband med föremålet för upphandlingen (här: leverans av ingredienser som socker, mjölkpulver och kakao). För en upphandlande myndighet som enligt förfrågningsunderlaget lägger vikt vid ett socialt ansvarsfullt beteende kan det vid utvärderingen av förhållandet mellan kvalitet och pris nämligen vara av betydelse om den vara som ska levereras har förvärvats av producenten på rättvisa villkor eller inte. Socker smakar i strikt bemärkelse visserligen inte annorlunda beroende på om det är rättvisemärkt eller inte. En produkt som lanseras på marknaden på orättvisa villkor efterlämnar emellertid en bitter eftersmak hos en ansvarsfull kund.

Det synes utredningen som om de krav på relevant koppling som EU-domstolen uttalar i denna del av domen innebär att också en förhållandevis svag koppling kan godtas. Detta ligger också i linje med möjligheterna att ta hänsyn till livscykelkostnader m.m.

Sammanfattningsvis i denna del finner utredningen att de möjligheter som redan innan har funnits att ta sociala m.fl. hänsyn nu ytterligare förtydligats och utvidgats. Det viktigaste anknytningsmomentet är dock alltså att den relevanta kopplingen till kontraktets föremål måste tydligt anges.

När det gäller krav som kan härledas ur svenska kollektivavtal kan det finnas anledning att framhålla att inte heller på denna punkt synes rättsläget ha förändrats genom 2014 års upphandlingsdirektiv. Det bör här påpekas att möjligheterna att tillämpa krav motsvarande sådana som kan finnas i kollektivavtal för ett kontraktets fullgörande är tillåtet under sådana förutsättningar som Upphandlingsutredningen 2004 redogjorde för i sitt slutbetänkande. Villkoren ska alltså följa av ett representativt kollektivavtal som täcker det aktuella arbetet. Däremot kan utredningen inte se att tecknat eller tecknande av kollektivavtal är ett tillåtet krav i en upphandling.

Eftersom begreppet kollektivavtal används i direktiven utan närmare precisering torde begreppet kunna avse sådana avtal som i varje medlemsstat anses vara kollektivavtal.

Sammanfattningsvis anser utredningen, med beaktande av riksdagens tillkännagivande i bet. 2010/11:AU3, att artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet bör genomföras

genom bestämmelser som anger att en upphandlande myndighet eller enhet ska vidta de särskilda eller övriga lämpliga åtgärder som de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna tillåter, för att säkerställa att leverantörer som har tilldelats kontrakt enligt de nya lagarna fullgör kontrakten i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. I bestämmelsen bör räknas upp de åtgärder som är att anse som särskilda i de båda lagarnas mening, nämligen bestämmelserna om

1. ett anbuds överensstämmelse med skyldigheterna,
2. skäl för uteslutning,
3. onormalt låga anbud och
4. anlåtande av underleverantörer.

Sammanfattande slutsatser

Bestämmelserna om principer för upphandling i artikel 18 i LOU-direktivet och artikel 36 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Allmänna bestämmelser i de nya lagarna.

3.3 Reserverade kontrakt

3.3.1 Nuvarande ordning

2004 års upphandlingsdirektiv

Regler om reserverade kontrakt finns i 2004 års upphandlingsdirektiv, nämligen i de inte helt likalydande artikel 19 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 28 i 2004 års LUF-direktiv. I artikel 19 i 2004 års LOU-direktiv föreskrivs följande.

Medlemsstaterna får reservera deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder eller föreskriva att kontrakten skall fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, om majoriteten av de berörda arbetstagarna är personer med funktionshinder som på grund av funktionshindrets art eller svårighet inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor.

Denna bestämmelse skall nämnas i meddelandet om upphandling.

I artikel 28 i 2004 års LUF-direktiv föreskrivs följande.

Medlemsstaterna får reservera rätten att delta i upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder eller föreskriva att kontrakten skall fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, om majoriteten av de berörda arbetstagarna är personer med funktionshinder som på grund av funktionshindrets art eller svårighet inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor.

Denna artikel skall nämnas i meddelandet om upphandling.

I skälen i 2004 års upphandlingsdirektiv (skäl 28 i 2004 års LOU-direktiv och skäl 39 i 2004 års LUF-direktiv) framhålls att sysselsättning och arbete är grundläggande faktorer när det gäller att garantera lika möjligheter för alla och att bidra till social integration. Som framgår av både artiklarna och skälen tar regleringen om reserverade kontrakt enbart sikte på personer med funktionshinder.

Upphandlingsutredningen 2004

Upphandlingsutredningen 2004 föreslog i sitt delbetänkande (SOU 2005:22 s. 222 och 410 f.) att bestämmelserna om reserverade kontrakt i artikel 19 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 28 i 2004 års LUF-direktiv skulle införas i svensk rätt. Artiklarnas regler kunde enligt utredningen med redaktionella ändringar överföras till de nationella regelverken. Utredningen föreslog att 1 kap. 8 § i lagförslaget till ny lag om offentlig upphandling kunde utformas på följande sätt (SOU 2005:22 s. 16 och 222).

En upphandlande myndighet får reservera deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder eller föreskriva att kontrakten skall fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, om majoriteten av de berörda arbetstagarna är personer med funktionshinder som på grund av funktionshindrets art eller svårighet inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor.

Denna begränsning skall nämnas i annonsen om upphandling.

En motsvarande bestämmelse föreslogs i lagförslaget till ny lag om upphandling på försörjningsområdet, 1 kap. 11 § (SOU 2005:22 s. 94 och 410).

Som en förklaring till bestämmelserna om reserverade kontrakt tecknade utredningen en allmän bakgrund till hur sociala hänsyn kunde beaktas inom ramen för upphandlingsregleringen

(SOU 2005:22 s. 205–210). Då det enligt utredningen var svårt att med någon precision ange vilka sociala krav som var förenliga med EU-rätten valde utredningen att återge vad som tidigare hade uttalats i frågan. Utredningen redogjorde därvid bl.a. för uttalanden i prop. 2001/02:142 s. 20–22 och 42–46, vilka i huvudsak tog sikte på frågan vilka möjligheter det fanns att ställa krav på sociala hänsyn genom särskilda kontraktsvillkor.

Utredningen behandlade därefter särskilt 2004 års upphandlingsdirektivs bestämmelser om reserverade kontrakt. Utredningen anförde därvid följande beträffande bl.a. begreppen ”skyddade verkstäder” och ”program för skyddad anställning” (SOU 2005:22 s. 210).

I Sverige finns numera inte någon verksamhet som betecknas ”skyddade verkstäder”. Den verksamhet som bedrivs av Samhall AB kan möjligen jämföras med sådana verkstäder men motsvarar närmast det som i direktiven kallas ”program för skyddad anställning”. Samhall erbjuder arbete åt arbetssökande personer som har ett eller flera funktionshinder.

I förordningen (2000:630) om särskilda insatser för personer med arbetshandikapp finns bestämmelser om skyddat arbete. I 32 § i förordningen anges att skyddat arbete innebär arbete för personer med arbetshandikapp vars arbetsförmåga är så nedsatt att de inte kan få annat arbete och vars behov inte kan tillgodoses genom andra insatser.

Enligt utredningens uppfattning ger bestämmelserna om reserverade kontrakt inte rätt för en upphandlande myndighet eller enhet att reservera kontrakt för endast inhemska skyddade verkstäder eller för endast inhemska program för skyddad anställning. Kravet på lika behandling och icke-diskriminering medför att en sådan begränsning inte kan anses tillåten. Eftersom det i andra medlemsländer kan finnas skyddade verkstäder finns det anledning att i lagen ta in bestämmelserna i direktivet i sak.

Prop. 2006/07:128

I prop. 2006/07:128 tog regeringen ställning till Upphandlingsutredningens 2004:s förslag. När det gällde reserverade kontrakt bedömde regeringen (s. 186) att 2004 års upphandlingsdirektivs bestämmelser om reserverade kontrakt inte skulle genomföras i svensk lagstiftning. I skälen för sin bedömning hänvisade regeringen (s. 187) till att flera remissinstanser hade invänt att en bestämmelse om reserverade kontrakt krävde ytterligare preciseringar bl.a. såvitt avsåg hur begreppen ”skyddade verkstäder” och ”program för skyddad anställning” skulle tolkas. Vidare påpekade

regeringen att det även hade framförts att utredningens förslag om reserverade kontrakt kunde få ogynnsamma marknadsstörande effekter. Regeringen avslutade med att uttala att den ansåg att utredningens förslag för närvarande inte borde genomföras.

Vid riksdagsbehandlingen invände finansutskottet (bet. 2007/08:FiU7) inte mot regeringens bedömning att 2004 års upphandlingsdirektivs bestämmelser om reserverade kontrakt inte skulle genomföras i svensk rätt. Riksdagen beslutade i enlighet med utskottets förslag (rskr. 2007/08:31) vilket innebar att några motsvarigheter till direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt inte infördes i nuvarande LOU och LUF.

Upphandlingsutredningen 2010

Upphandlingsutredningen 2010 tog i sitt delbetänkande (SOU 2011:73 s. 250–252) upp frågan om reserverade kontrakt. Utredningen fann därvid med stöd av det utåtriktade arbete som den hade bedrivit att bl.a. reserverade kontrakt i den betydelse som avsågs i 2004 års upphandlingsdirektiv var en frågeställning som skulle prioriteras i utredningens fortsatta arbete (s. 27–28 och 250–252). I utredningens arbete hade bl.a. framkommit att reserverade kontrakt skulle kunna bidra till att ge personer med funktionshinder meningsfulla arbeten (s. 251). Mot denna bakgrund fann utredningen anledning att avvakta remissutfallet beträffande delbetänkandet och därefter återkomma med överväganden avseende behovet av bestämmelser om reserverade kontrakt.

Av till Socialdepartementet inkomna remissvar beträffande delbetänkandet framgick att flera remissinstanser, bl.a. Försäkringskassan, Konkurrensverket, Arbetsförmedlingen och ett antal kommuner, ställde sig positiva till ett införande av regleringen om reserverade kontrakt enligt 2004 års upphandlingsdirektiv (dnr S2011/10312/RU). Det framkom dock samtidigt att flera av remissinstanserna påtalade ett behov av förtydliganden av vad begreppen ”skyddade verkstäder” och ”program för skyddad anställning” innebar och hur de borde tillämpas i förhållande till de s.k. sociala företagen i Sverige.

I sitt slutbetänkande (SOU 2013:12 s. 523) anförde Upphandlingsutredningen 2010 att det i nuvarande LOU och LUF borde införas bestämmelser om reserverade kontrakt. Till skillnad från den tidigare bedömningen byggde den senare på en utformning

av bestämmelserna om reserverade kontrakt som motsvarade regleringen enligt artikel 17 i LOU-direktivet och artikel 31 i LUF-direktivet. Beträffande svårigheterna för en upphandlande myndighet eller enhet att avgöra om en leverantör uppfyller kriterierna för att tilldelas ett reserverat kontrakt framhöll utredningen (s. 524–525) att ett register över s.k. arbetsintegrerande sociala företag skulle kunna tjäna som stöd vid sådana bedömningar. Enligt utredningen (s. 525) fanns det utöver nämnda svårigheter inga skäl emot ett införande av bestämmelserna om reserverade kontrakt. I fråga om begreppet ”skyddade verkstäder” bedömde utredningen (s. 525) att det kunde vara motiverat att använda det även i en svensk kontext, varvid utredningen hänvisade till ”exempelvis produktion som sker inom ramen för kriminalvården”.

Såvitt framgår av remissvaren som gällde slutbetänkandet (dnr S2013/1826/RU) var remissopinionen oförändrad i förhållande till den som uttrycktes med anledning av delbetänkandet i fråga om införandet av bestämmelser om reserverade kontrakt i svensk rätt.

3.3.2 2014 års upphandlingsdirektiv

I 2014 års upphandlingsdirektiv återfinns bestämmelserna om reserverade kontrakt i artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet och innebär liksom tidigare motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv att medlemsstaterna kan föreskriva att vissa leverantörer av sociala hänsyn får positivt särbehandlas inom ramen för upphandlingsregleringen. Möjligheterna att särbehandla leverantörer enligt de nya direktiven har dock utvidgats i förhållande till 2004 års regler. Den nya regleringen tar sikte inte enbart på personer med funktionsnedsättning utan också på missgynnade personer. I regleringen framhålls också att den verksamhet som leverantörerna bedriver ska syfta till social och yrkesmässig integration.

I de nya direktiven har det dessutom preciserats hur stor andel av de personer som leverantören sysselsätter som ska vara personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer i direktivens mening. Enligt artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet är en förutsättning för att en leverantör ska kunna särbehandlas enligt nämnda artiklar att minst 30 procent av leverantörens arbetstagare är personer med funktionsnedsättning eller miss-

gynnade personer. Den beskrivna preciseringen i fråga om andelen hos leverantören sysselsatta personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, 30 procent, innebär också en utvidgning i förhållande till 2004 års regler. Ordalydelsena i artikel 19 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 28 i 2004 års LUF-direktiv ger vid handen att en majoritet av de personer som är sysselsatta hos leverantören ska tillhöra den grupp av personer som specificeras i artiklarna. Ordalagen i 2004 års direktiv kan således tolkas som att minst hälften av de hos leverantören sysselsatta ska vara personer med funktionsnedsättning.

Den särbehandling som artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet medger kan göras på två olika sätt. *För det första* kan deltagandet i ett upphandlingsförfarande reserveras till vissa leverantörer, nämligen s.k. skyddade verkstäder och leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer. *För det andra* kan ett kontrakt villkoras med att det ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. För båda varianterna gäller den grundläggande förutsättningen att minst 30 procent av arbetstagarna i nämnda verksamheter är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

Värt att notera i detta sammanhang är vidare att placeringarna av bestämmelserna om reserverade kontrakt i 2004 års upphandlingsdirektiv skiljer sig från de i 2014 års upphandlingsdirektiv. I 2004 års LOU-direktiv finns bestämmelserna om reserverade kontrakt i kapitlet Tillämpningsområde och i 2004 års LUF-direktiv i kapitlet Tröskelvärden och undantag. I de nya direktiven finns regleringen i stället i kapitlet Allmänna bestämmelser.

I skälen i 2014 års upphandlingsdirektiv (skäl 36 i LOU-direktivet och skäl 51 i LUF-direktivet) betonas betydelsen av arbete och sysselsättning som grundläggande faktorer när det gäller att garantera lika möjligheter för alla. Enligt skälen kan skyddade verkstäder och andra sociala företag vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättningar och missgynnade personer spela en väsentlig roll i detta sammanhang. Missgynnade personer exemplifieras i skälen med arbetslösa, missgynnade minoriteter och på annat sätt marginaliserade grupper av personer. Då verksamheter av nu aktuellt slag kan sakna möjligheter att få kontrakt under normala konkurrensförhållanden, är det enligt skälen lämpligt att ge medlemsstaterna en möjlighet att föreskriva regler om reserverade kontrakt.

Avslutningsvis ska sägas att det i regleringen beträffande reserverade kontrakt i 2014 års upphandlingsdirektiv på samma sätt som i 2004 års upphandlingsdirektiv uttryckligen anges att det i meddelandet om upphandling ska hänvisas till artiklarna om reserverade kontrakt.

3.3.3 Leverantörer i Sverige och reserverade kontrakt

Att det i Sverige finns flera leverantörer som bedriver sådan verksamhet som artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet tar sikte på, råder det inte någon tvekan om. Flera av dem torde vara företag som i varierande utsträckning sysselsätter personer inom ramen för olika statliga arbetsmarknadspolitiska program. De statliga arbetsmarknadspolitiska program som kan vara av intresse regleras i förordningen (2000:634) om arbetsmarknadspolitiska program, förordningen (2007:414) om jobb- och utvecklingsgarantin, förordningen (2007:813) om jobbgaranti för ungdomar och förordningen (2000:630) om särskilda insatser för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga. De två förstnämnda innehåller bestämmelser om generella arbetsmarknadspolitiska insatser medan de två sistnämnda innehåller bestämmelser om särskilda arbetsmarknadspolitiska insatser för ungdomar och för personer med funktionsnedsättning som medför nedsatt arbetsförmåga.

Gemensamt för programmen enligt de fyra förordningarna är att de syftar till att stärka den enskildes möjligheter att få eller behålla ett arbete (se 1 § lagen [2000:625] om arbetsmarknadspolitiska program).

När det gäller förordningarna med särskilda insatser bör förordningen om särskilda insatser för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga särskilt beröras. De särskilda insatserna enligt denna förordning riktar sig till personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga och som uppfyller de särskilda villkor som gäller för varje stöd eller insats (9 §). De stöd och insatser som kan nämnas i detta sammanhang är lönebidrag (25–31 §§), skyddat arbete (32–35 §§), utvecklingsanställning (36–36 d §§) och trygghetsanställning (37 och 37 b §§).

Det särskilda villkoret för lönebidrag innebär att personen ska bedömas inte kunna få eller behålla ett arbete om inte stödet lämnas.

För skyddat arbete innebär det särskilda villkoret att personens arbetsförmåga ska vara så nedsatt att han eller hon inte kan få annat arbete och att personens behov inte ska kunna tillgodoses genom andra insatser. Skyddat arbete erbjuds i två olika former, nämligen hos Samhall och hos offentliga arbetsgivare.

Insatsen trygghetsanställning har i princip samma målgrupp som insatsen skyddat arbete och är tänkt att framförallt vara ett alternativ till anställning hos Samhall (se SOU 2012:31 s. 122–123).

Utvecklingsanställning erbjuds en person för att utveckla hans eller hennes arbetsförmåga.

Det ovan nämnda Samhall är ett helägt statligt bolag (Samhall AB) vars syfte m.m. enligt dess bolagsordning uttrycks på följande sätt (§ 3 i Samhalls bolagsordning antagen den 11 april 2011).

Bolagets syfte är att producera efterfrågade varor och tjänster och genom detta skapa meningsfulla och utvecklande arbeten där behoven finns, åt personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga.

Verksamheten ska anpassas till de förutsättningar som personer med funktionshinder har och bedrivs enligt affärsmässiga principer samt på marknadens villkor, det vill säga att övrigt näringsliv inte utsätts för osund konkurrens.

Aktierna medför inte rätt till utdelning. Uppkommer vinst, ska vinstmedlen balanseras i ny räkning för främjande av bolagets fortsatta verksamhet. Vid bolagets likvidation ska bolagets behållna tillgångar tillfalla aktieägaren (staten).

Samhall beskriver sitt uppdrag på följande sätt på sin hemsida (<http://www.samhall.se/Om-Samhall/Vart-uppdrag/>). ”Det har hänt mycket sedan Samhall startades 1980. Utvecklingen speglar inte bara företagets resa utan också hur synen på människor med funktionsnedsättning har förändrats. Begreppet ’skyddad verkstad’ tillhör historien.”

Utöver de företag som i varierande utsträckning sysselsätter personer inom ramen för olika statliga arbetsmarknadspolitiska program bör också nämnas de som sysselsätter personer inom ramen för kommunala åtgärder för att särskilt utsatta personer ska få sysselsättning och arbete. Det kan handla om att en socialnämnd fullgör sin skyldighet enligt 4 kap. 4 § socialtjänstlagen (2001:453, SoL) i syfte att stärka en individs möjlighet att komma in på arbetsmarknaden eller enligt 5 kap. 7 § SoL att medverka till att en individ med funktionshinder får en meningsfull sysselsättning.

Det den hittills gjorda bakgrundsteckningen ger vid handen är att de leverantörer som sysselsätter personer inom ramen för de ovan beskrivna insatserna inte låter sig beskrivas på något mer precist eller samlat sätt. Det rör sig om aktörer av olika storlek och i olika associationsrättsliga former som sysselsätter aktuella personer i varierande antal och proportion till övriga anställda. Det som förenar dem är dock att syftena med deras verksamheter – hela eller delar av dem – och de personer som de sysselsätter är sådana att kraven i dessa delar för att tilldelas ett reserverat kontrakt kan anses uppfyllda. (För exempel på aktörer kan hänvisas till bl.a. AB Svenska Miljöstyrningsrådet, Uppdrag åt Upphandlingsutredningen 2010, Miljö-, ekonomiska och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Miljöstyrningsrådets Rapport 2012:1, s. 119–120; Arbetsintegrerande sociala företag – användning och behov av statliga finansieringsstöd, Rapport 2011:12, Myndigheten för tillväxtpolitiska utvärderingar och analyser, [Tillväxtanalys] s. 21; Att stödja utan att styra Hur kan kommunerna göra för att stödja arbetsintegrerande sociala företag?, Tillväxtverket, den 9 oktober 2012; Företagen som öppnar dörren till arbetslivet Arbetsintegrerande sociala företag i Sverige 2012, Tillväxtverket, den 20 april 2012.)

En grupp av aktörer som ändå bör nämnas särskilt i detta sammanhang är de s.k. arbetsintegrerande sociala företagen. Med sådana företag avses enligt regeringens handlingsplan för arbetsintegrerande sociala företag den 22 april 2010 (dnr N2010/1894/ENT) företag som driver näringsverksamhet (producerar och säljer varor eller tjänster)

- med övergripande ändamål att integrera människor som har stora svårigheter att få och/eller behålla ett arbete, i arbetsliv och samhälle,
- som skapar delaktighet för medarbetarna genom ägande, avtal eller på annat väl dokumenterat sätt,
- som i huvudsak återinvesterar sina vinster i den egna eller liknande verksamheter, och
- som är organisatoriskt fristående från offentlig verksamhet.

I ovan nämnda rapport från Tillväxtanalys, Rapport 2011:12, redovisade Tillväxtanalys det uppdrag myndigheten hade fått från regeringen att kartlägga arbetsintegrerande sociala företags användning av statliga finansieringsinstrument samt behoven av statliga

insatser inom finansieringsområdet. Vid sin kartläggning fann Tillväxtanalys bl.a. att den grupp av företag som föll in under begreppet arbetsintegrerande sociala företag var heterogen när det gällde graden av affärsmässighet (Rapport 2011:12 s. 7 och 19–20). Till frågan om hur denna grupp av företag är sammansatt, kan också läggas att medarbetarna i de arbetsintegrerande sociala företagen i vissa fall är anställda och i vissa fall deltar i verksamheten inom ramen för ett arbetsmarknadspolitiskt program eller projekt (se Tillväxtverkets rapport av den 30 mars 2010 till Näringsdepartementet, Rapport av uppdrag till Tillväxtverket med anledning av regeringens handlingsplan för arbetsintegrerande sociala företag, N2010/4265/ENT).

Avslutningsvis bör också nämnas Kriminalvårdens s.k. arbetsdrift som är en del i Kriminalvårdens uppdrag att förebygga att intagna återfaller i brott och tillgodose de intagnas behov av sysselsättning (se 2, 3 och 5 §§ förordningen [2007:1172] med instruktion för Kriminalvården). Kriminalvårdens arbetsdrift både levererar varor och utför tjänster.

3.3.4 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om reserverade kontrakt i artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet ska genomföras i svensk rätt genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Ska artiklarna om reserverade kontrakt genomföras i svensk rätt?

Som framgår av artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet har varje medlemsstat möjlighet att själv avgöra om direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt ska genomföras i den nationella lagstiftningen.

Upphandlingsutredningen 2010:s arbete och remissutfallet beträffande nämnda utrednings bedömningar i del- och slutbetänkandet tyder på att det i dag finns ett behov av regler om reserverade kontrakt. Remissvaren tycks också tyda på att de farhågor om ogynnsamma marknadsstörande effekter som framfördes vid

behandlingen av Upphandlingsutredningen 2004:s förslag inte gör sig gällande med samma styrka i dag.

Ovan nämnda utredningsarbete och remissutfall ger alltså stöd för att upphandlingsdirektivens regler om reserverade kontrakt numera bör genomföras i svensk rätt. Innan utredningen tar ställning till om reglerna i fråga bör genomföras, är det dock lämpligt att framhålla två aspekter på det de aktuella artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv kräver av en svensk reglering av reserverade kontrakt.

För det första innebär upphandlingsdirektivens regler om reserverade kontrakt inte att en upphandlande myndighet eller enhet kan välja att direkt vända sig till en specifik leverantör utan konkurrensutsättning enligt upphandlingsreglerna. En svensk upphandlande myndighet eller enhet kan alltså inte med stöd av nämnda regler direkt vända sig till en inhemsk leverantör utan att i övrigt iaktta upphandlingsdirektivens regler för förfarandet vid en upphandling. (Jfr Arrowsmith, S., *The law of public and utilities procurement*, 2. ed., 2005, s. 1282–1283 och Boyle, R., *Disability issues in public procurement* i Arrowsmith, s. & Kunzlik, P. [red.], *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, 2009, s. 338–339.)

Den grund som finns i 2004 års upphandlingsdirektiv för att argumentera för det motsatta finns inte i kvar i 2014 års upphandlingsdirektiv. Att bestämmelserna om reserverade kontrakt i 2004 års upphandlingsdirektiv finns placerade i kapitlet om 2004 års LOU-direktivs tillämpningsområde och om undantag från 2004 års LUF-direktivs regler, kan möjligen tjäna som stöd för att bestämmelserna i sig själva utgör grund för att direkt vända sig till en leverantör utan någon konkurrensutsättning. Placeringen av motsvarande bestämmelser i 2014 års upphandlingsdirektiv kan dock knappast användas för att argumentera för en sådan ordning.

För det fall en upphandlande myndighet eller enhet utöver reglerna om reserverade kontrakt önskar precisera de sociala hänsyn eller mål en leverantör ska ta eller uppnå, är myndigheten eller enheten hänvisad till att tillämpa upphandlingsreglerna i övrigt. Handlingsutrymmet i det hänseendet bestäms således av hur sociala krav i allmänhet kan användas i en upphandling för att exempelvis gynna särskilt utsatta personer i samhället.

För det andra finns det vissa begrepp i artiklarna om reserverade kontrakt i 2014 års upphandlingsdirektiv som i tillämpningshänseende möjligen skulle tjäna på att preciseras i den svenska

lagtexten. Som utredningen har konstaterat i fråga om metoden för direktivens genomförande är dock utrymmet för sådana åtgärder vid genomförandet högst begränsat. Det utredningen i stället är hänvisad till är att redogöra för de tolkningsproblem utredningen har uppmärksammat och för vilka lösningar som enligt utredningen kan tillgripas för att lösa problemen.

För regleringen beträffande reserverade kontrakt innebär metoden att utredningen i någon utsträckning kan ge uttryck för sin uppfattning om vilka av de leverantörer som i dag figurerar på den svenska inhemska marknaden som uppfyller kriterierna för att tilldelas ett reserverat kontrakt i upphandlingsdirektivets mening. Det är dock ogörligt för utredningen att kartlägga vilka leverantörer inom hela EU som kan tänkas uppfylla nämnda kriterier.

Med ovanstående två infallsvinklar kan valet att inte genomföra 2014 års upphandlingsdirektivs regler om reserverade kontrakt i svensk rätt te sig som en acceptabel lösning. Mot bakgrund av bedömningarna i Upphandlingsutredningen 2010:s betänkanden och remissyttrandena med anledning av dessa förefaller det dock inte som ett lämpligt alternativ att ha en svensk ordning helt utan särskilda regler om reserverade kontrakt.

Ett annat sätt att hantera det behov som har kommit till uttryck under Upphandlingsutredningen 2010:s arbete och i remissyttrandena över nämnda utrednings betänkanden är att skapa en ordning med särskilda bestämmelser om reserverade kontrakt som enbart gäller för upphandlingar vars kontrakt inte överskrider tillämpliga tröskelvärden. För kontrakt vars värden överskrider tröskelvärdena gäller alltså i ett sådant system inte några särskilda regler om reserverade kontrakt. För sådana kontrakt får i stället eventuella behov av sociala hänsyn tillgodoses inom ramen för vad som är tillåtna sociala krav i allmänhet i en upphandling.

Den ovan skissartade ordningen skulle ge förutsättningar att skapa ett flexibelt system för reserverade kontrakt vars värden inte överskrider tröskelvärdena. Sådana reserverade kontrakt skulle till och med helt kunna undantas från upphandlingsregelverkens tillämpning under förutsättning att kontrakten inte inrymmer några gränsöverskridande intressen. Även om utredningen inte har något statistiskt underlag, framstår det inte som orimligt att anta, att reserverade kontrakt vars värden understiger tröskelvärdena många gånger inte kommer ha något gränsöverskridande intresse som aktualiserar en tillämpning av EU:s primärrätt.

Ett regelverk av ovan antytt slag riskerar dock att bli svår-tillämpat. Utöver de överväganden som tillämparen måste göra beträffande frågan om en leverantör uppfyller kraven för att tilldelas ett reserverat kontrakt, innebär systemet också att ställning behöver tas till – förmodligen av en upphandlande myndighet eller enhet – om det finns något gränsöverskridande intresse i upphandlingen. Graden av flexibilitet som ordningen möjligen ger, uppväger enligt utredningen inte de svårigheter som kan förutses när frågan om primärrättens tillämplighet ska hanteras. Som framgått av avsnitt 1.3.2 är dessutom utgångspunkten för de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, att det för upphandlingar vars värde understiger tillämpliga tröskelvärden ska tillämpas en ordning som motsvarar den enligt nuvarande 15 kap. i både LOU och LUF (jfr även avsnitt 11 om sociala tjänster och andra särskilda tjänster).

Sammanfattningsvis anser utredningen, som framgått, att det kan anföras vissa skäl mot att genomföra 2014 års upphandlingsdirektivs regler om reserverade kontrakt i svensk rätt. Som konstaterats är dock en svensk ordning helt utan särskilda regler om reserverade kontrakt numera inte att föredra. Med hänsyn till de förutsedda tillämpningssvårigheterna är inte heller det ovan tecknade alternativet till ett genomförande lämpligt. Reglerna om reserverade kontrakt i artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet bör mot denna bakgrund genomföras i svensk rätt.

Genomförandet i svensk rätt

Som antytts ovan väcker ett direktivnära genomförande av artiklarna om reserverade kontrakt i 2014 års upphandlingsdirektiv vissa frågor. Enligt utredningens uppfattning är det framförallt två frågor som i enlighet med den valda metoden för genomförandet av upphandlingsdirektiven bör kommenteras särskilt. Den första frågan gäller vilka leverantörer som med hänsyn till verksamhetens syfte kan anses uppfylla villkoren för att vara aktuella för att tilldelas ett reserverat kontrakt. Den andra frågan rör tolkningen av andelskravet, dvs. att en tillämpning av regleringen kräver att en viss andel av de personer som leverantören sysselsätter är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

När det gäller *syftet med en leverantörs verksamhet*, anges det uttryckligen i artikel 20.1 i LOU-direktivet och artikel 38.1 i LUF-

direktivet att det främsta syftet ska vara social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer.

Vad som avses med ”främsta” går inte att uttala sig om med någon högre grad av precision. Det ordvalet torde syfta till är att markera att det inte får råda några tveksamheter om att verksamhetens övergripande syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer.

Såvitt gäller kravet på verksamhetens syfte ger ordalydelserna i artiklarna inte stöd för något annat än att det tar sikte på verksamheten i dess helhet. Detta innebär att även om det rör sig om en leverantör där endast 30 procent av arbetstagarna är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, ska verksamheten i dess helhet ha det ovan beskriva syftet som det främsta syftet.

I fråga om tolkningen av dels social och yrkesmässig integration, dels personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, får ledning som utgångspunkt hämtas i skälen i 2014 års upphandlingsdirektiv (skäl 36 i LOU-direktivet och skäl 51 i LUF-direktivet). Den närmare betydelsen av begreppen i dessa två led får därvid bestämmas av rättstillämparen. Utifrån redovisningen i avsnitt 3.3.3 finns det dock ett visst underlag för utredningen att uttrycka sin uppfattning om vilka leverantörer på den svenska marknaden som kan tänkas uppfylla upphandlingsdirektivens krav på verksamhetens syfte.

Som redan antytts torde samtliga leverantörer som sysselsätter personer inom ramen för de statliga arbetsmarknadsprogram och de kommunala åtgärder som redovisats för i avsnitt 3.3.3 bedriva verksamheter med social eller yrkesmässig integration av de sysselsatta personerna som syfte. Det kan också antas att personer som sysselsätts genom insatser enligt förordningen om särskilda insatser för personer med funktionshinder och med stöd av 5 kap. 7 § SoL ska anses vara personer med funktionsnedsättning enligt upphandlingsdirektiven.

Det sagda utesluter inte att de statliga programmen och de kommunala åtgärderna i övrigt sysselsätter personer som i upphandlingsdirektivens mening är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer. När det gäller missgynnade personer finns det dock enligt utredningens mening inte stöd för att anse att en arbetslös person är en missgynnad person i nu aktuell mening enbart på grund av att han eller hon är arbetslös.

Detta gäller enligt utredningens uppfattning oavsett längden på perioden av arbetslöshet. En annan sak är att det kan finnas andra omständigheter som gör att personen i fråga ska ses som en missgynnad person i upphandlingsdirektivens mening. Det bör här också noteras att en upphandlande myndighet eller enhet kan tillgodose sociala hänsyn, t.ex. bekämpning av arbetslöshet, inom ramen för vad som är tillåtna sociala krav i allmänhet i en upphandling (se avsnitt 3.2.1).

Sammanfattningsvis innebär det ovan anförda att leverantörer som sysselsätter personer enligt förordningen om särskilda insatser för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga eller med stöd av 5 kap. 7 § SoL, är leverantörer som bedriver verksamhet som får antas syfta till social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning. Om detta syfte är det främsta syftet med en sådan leverantörs verksamhet, får bedömas från fall till fall enligt det ovan sagda beträffande vad som avses med ”främsta”. Det bör dock här noteras att en tillämpning av bestämmelserna om reserverade kontrakt dessutom kräver att det s.k. andelskravet är uppfyllt (se nedan). När det gäller leverantörer som sysselsätter personer inom ramen för de statliga programmen och de kommunala åtgärderna i övrigt, överlämnas det till rättstillämparen, ytterst EU-domstolen, att närmare bestämma gränserna för regelverkens tillämpning.

Utöver de mer allmänt hållna anvisningarna ovan anser utredningen att det går att uttala sig något mer specifikt när det gäller arbetsintegrerande sociala företag, Samhall och Kriminalvårdens arbetsdrift.

Enligt utredningens bedömning bedriver leverantörer som enligt regeringens handlingsplan från år 2010 kan definieras som arbetsintegrerande sociala företag, en verksamhet vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer. Med hänsyn till definitionen enligt handlingsplanen ter det sig också som högst osannolikt att sådana leverantörer inte skulle uppfylla andelskravet (se nedan).

Mot bakgrund av Samhalls roll enligt förordningen om särskilda insatser för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga och verksamhetssyfte enligt dess bolagsordning, framstår det som klart att Samhall är en leverantör som uppfyller kraven för att tilldelas reserverade kontrakt. Bolaget är med upphandlingsdirektivens systematik en leverantör vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktions-

nedsättning. Som framgår nedan kan bolaget också anses vara en leverantör som uppfyller kravet för att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning.

I fråga om Kriminalvårdens arbetsdrift kan konstateras att begreppet ”skyddade verkstäder” i artikel 20.1 i LOU-direktivet och artikel 38.1 i LUF-direktivet är av relevans, även om begreppet i en svensk kontext inte har någon specifik betydelse. Förutom att begreppet kan vara av betydelse för leverantörer som är etablerade i andra medlemsstater än Sverige, ligger det också nära till hands att tillämpa det i fråga om Kriminalvårdens arbetsdrift. Enligt utredningens mening kan den verksamhet som bedrivs inom ramen för Kriminalvårdens arbetsdrift vara att betrakta som ”skyddade verkstäder” i upphandlingsdirektivets mening.

När det gäller begreppet ”program för skyddad anställning”, anser utredningen att den verksamhet som Samhall bedriver uppfyller upphandlingsdirektivets krav för att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. Ytterligare exempel på sådana program är enligt utredningen lönebidrag, skyddat arbete hos offentliga arbetsgivare, utvecklingsanställning och trygghetsanställning. Frågan om leverantörer som sysselsätter personer med stöd av något av de fyra sistnämnda programmen dessutom uppfyller andelskravet (se nedan), får bedömas från fall till fall.

När det gäller *andelskravet* kommer det till uttryck i artikel 20.1 i LOU-direktivet och artikel 38.1 i LUF-direktivet på så sätt att en tillämpning av reglerna om reserverade kontrakt kräver att minst 30 procent av de hos leverantören sysselsatta personerna är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

Enligt artiklarna tar andelskravet sikte på arbetstagarna hos leverantören. Användningen av begreppet arbetstagare väcker frågan om andelskravet innefattar ett krav på att de sysselsatta personerna ska vara anställda hos leverantören. Enligt utredningens mening finns det dock inte stöd för att i detta sammanhang ge begreppet arbetstagare en sådan strikt betydelse. Som utredningen uppfattar regleringen i ljuset av direktivets skäl, är det avgörande inte hur relationen mellan leverantören och de sysselsatta personerna ska karaktäriseras utan i stället att personerna i fråga faktiskt är sysselsatta hos leverantören.

Som artiklarna är formulerade fordrar andelskravet inte heller att det är just personerna med funktionsnedsättningen eller de missgynnade personerna som faktiskt deltar i produktionen eller

utförandet av de varor eller tjänster som upphandlas. Så länge andelskravet för leverantörens verksamhet i dess helhet är uppfyllt saknar det alltså betydelse vem hos leverantören som utför de arbetsuppgifter som är kopplade till det som upphandlas.

Mot bakgrund av det ovan anförda bedömer utredningen att bestämmelserna om reserverade kontrakt i artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet kan genomföras i svensk rätt med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i lag.

Bestämmelserna om reserverade kontrakt bör i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna placeras i kapitlet Allmänna bestämmelser.

3.4 Sekretess

3.4.1 Nuvarande ordning

2004 års upphandlingsdirektiv

I 2004 års upphandlingsdirektiv återfinns i artikel 6 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 13 i 2004 års LUF-direktiv under rubriken Konfidentialitet regler om sekretess. I artikel 6 i 2004 års LOU-direktiv föreskrivs följande.

Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i detta direktiv, särskilt bestämmelserna om upplysnings- och informations-skyldigheter i fråga om ingångna kontrakt och gentemot anbudssökande och anbudsgivare enligt artikel 35.4 och artikel 41, och i enlighet med den nationella lagstiftning som gäller för den upphandlande myndigheten, får denna inte offentliggöra uppgifter som lämnats in och förklarats sekretessbelagda av de ekonomiska aktörerna. Sådan information omfattar i synnerhet tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbudena.

I artikel 13 i 2004 års LUF-direktiv föreskrivs följande.

1. En upphandlande enhet får, i samband med utskickandet av tekniska specifikationer till berörda ekonomiska aktörer och under den period då den bedömer de ekonomiska aktörernas kvalifikationer och gör urval samt tilldelar kontrakt, ställa krav för att skydda den konfidentiella karaktären av information som den lämnar ut.
2. Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i detta direktiv, särskilt bestämmelserna om upplysnings- och informations-skyldigheter i fråga om ingångna kontrakt och gentemot anbudssökande och anbudsgivare enligt artiklarna 43 och 49, och i enlighet med den nationella lagstiftning som gäller för den upphandlande

enheten, får denna inte offentliggöra uppgifter som lämnats in och förklarats sekretessbelagda av de ekonomiska aktörerna. Sådan information omfattar i synnerhet tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbuden.

Upphandlingsutredningen 2004

Artikel 6 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 13 i 2004 års LUF-direktiv behandlades av Upphandlingsutredningen 2004 i delbetänkandet SOU 2005:22 (s.204–205 och 403–404). Utredningen bedömde att det inte fanns skäl att med anledning av 2004 års upphandlingsdirektivs bestämmelser om konfidentialitet göra några ändringar i svensk rätt. Upphandlingsutredningen 2004 menade att avvägningen mellan intressena av sekretess och offentlighet hade fått ett välbalanserat resultat i den då gällande sekretesslagen. Utredningen hänvisade därvid till de överväganden som hade gjorts i tidigare lagstiftningsärenden, nämligen prop. 1992/93:88 s. 53 f. och prop. 2001/02:142 s. 54 f.

Prop. 2006/07:128

Upphandlingsutredningen 2004:s bedömningar i delbetänkandet beträffande artikel 6 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 13 i 2004 års LUF-direktiv behandlades i prop. 2006/07:128 samlat tillsammans med de övriga artiklar i 2004 års upphandlingsdirektiv som innehöll sekretessregler. I avsnitt 16 i propositionen (s. 265–271) finns en sorgfälligt redovisning av den svenska regleringen av offentlighet, sekretess och företagshemligheter.

I propositionen delade regeringen in upphandlingsdirektivens sekretessregler i två grupper, nämligen de generella och de särskilda sekretessbestämmelserna. Till de förra hörde artikel 6 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 13.2 i 2004 års LUF-direktiv och till de senare artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv (prop. 2006/07:128 s. 271–272).

Regeringen bedömde att varken de generella eller särskilda sekretessbestämmelserna i upphandlingsdirektiven krävde några ändringar i den då gällande sekretesslagen eller lagen om företagshemligheter. Som skäl för sin bedömning anförde regeringen följande beträffande de generella sekretessbestämmelserna (prop. 2006/07:128 s. 275–277).

Direktivens generella sekretessbestämmelser i förhållande till sekretesslagen

De generella sekretessbestämmelserna i direktiven är inte helt lättillgängliga. Vad som emellertid klart framgår av lydelsen är att det skall vara av leverantörerna inlämnade uppgifter som leverantörerna önskar hålla hemliga, som inte får offentliggöras. Det anges också att sådan information i synnerhet omfattar tekniska hemligheter, affärs-hemligheter och konfidentiella aspekter i anbuden. Vad sekretessen i bestämmelserna är avsedd att skydda måste därför vara uppgifter om leverantörernas affärs- och driftförhållanden.

Sekretesslagen innehåller bestämmelser till skydd för leverantörers affärs- och driftförhållanden. Före den upphandlande myndighetens eller den upphandlande enhetens tilldelningsbeslut eller beslut att ingå ramavtal råder absolut sekretess för uppgifter i anbuden enligt 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen. Sekretessen omfattar även anbud som lämnas vid en andra konkurrensutsättning i anledning av ett ramavtal. När anbudssekretessen upphör får den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten inte lämna ut uppgifter om leverantörerna utan att pröva om sekretess föreligger enligt någon annan bestämmelse i sekretesslagen. När det gäller skyddet till förmån för det allmänna motsvaras direktivets bestämmelser främst av 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen. När det i stället gäller sekretess till förmån för enskild är det i första hand 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen som är tillämplig.

Båda de sistnämnda bestämmelserna i sekretesslagen innehåller ett rakt skaderekvisit. Det innebär att det finns en presumtion för att en uppgift skall vara offentlig och att sekretess bara gäller om uppgiften är av sådant slag att det kan antas medföra skada om uppgiften röjs. När det gäller enskilda affärs- eller driftförhållanden krävs det dessutom att det finns särskild anledning anta att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Detta innebär bl.a. att vad den enskilde kan ha anfört som skäl för en begäran om konfidentiell behandling av uppgifter kan vara av betydelse vid skadeprövningen.

Det framgår inte helt klart av de generella sekretessbestämmelserna i direktiven hur stark sekretess som krävs. Som nämnts anges att uppgifterna skall ha lämnats in av leverantörerna med önskemål om att uppgifterna skall vara hemliga. Detta skulle vid en strikt tolkning av bestämmelserna kunna innebära att sådana uppgifter alltid skall vara hemliga. Bestämmelserna måste dock tolkas i sitt sammanhang. Direktiven innehåller utöver dessa sekretessbestämmelser också bestämmelser om öppenhet vid upphandling. Vidare skall det finnas möjligheter att begära överprövning och skadestånd, vilket förutsätter att en leverantör kan ta del av dokumentationen i upphandlings-ärendet. Den enda rimliga tolkningen av de generella sekretessbestämmelserna är alltså att de innebär att upphandlande myndigheter och upphandlande enheter skall beakta vad en leverantör har uppgett i fråga om vad uppgifters offentliggörande skulle kunna innebära för skada för denne och att detta gäller särskilt för tiden efter det att ett

tilldelningsbeslut föreligger. Avsikten bör alltså vara att leverantörernas synpunkter skall ligga till grund för den skadeprövning som görs av de upphandlande myndigheterna eller de upphandlande enheterna. Med en sådan tolkning av bestämmelserna i direktiven skall således en skadeprövning vid utlämnande av uppgifter efter tilldelningsbeslut eller beslut om att ingå ramavtal företas som i allt väsentligt motsvarar den i 6 kap. 2 § första stycket och 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen. Såvitt gäller tiden fram till tilldelningsbeslutet motsvaras direktiven i stället av bestämmelsen i 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen om absolut sekretess.

Det sagda innebär, när fråga är om upphandling som företas i det allmännas verksamhet för vilken sekretesslagen gäller, att det till följd av de generella sekretessbestämmelserna i direktiven inte finns behov av att införa särskilda regler om begränsningar i vilka uppgifter om leverantörerna som upphandlande myndigheter och upphandlande enheter får lämna ut. Även utredningen har kommit fram till detta ställningstagande.

Den särskilda sekretessbestämmelsen i artikel 32.4 i det klassiska direktivet, som rör sekretess för innehållet i anbud som lämnas i anledning av ramavtal, motsvaras i allt väsentligt av 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen. Det finns således inte heller till följd av den artikeln något behov att ändra i sekretesslagens bestämmelser. Det saknas vidare skäl att, på sätt utredningen föreslagit, införa en sådan sekretessbestämmelse i den klassiska upphandlingslagen.

Direktivens generella sekretessbestämmelser i förhållande till lagen om företagshemligheter

Upphandlingslagarna skall tillämpas även av organ vars verksamhet inte faller under sekretesslagen. Det gäller bl.a. en del statliga bolag och privata bolag som omfattas av försörjningslagen. För att direktiven i aktuellt hänseende skall anses uppfyllda räcker det därför inte att enbart hänvisa till sekretesslagens bestämmelser. Av det skälet är lagen om företagshemligheter av särskilt intresse. Lagen innehåller nämligen bestämmelser om skydd för företagshemligheter inom såväl den offentliga sektorn som i det privata näringslivet. Samtliga upphandlande myndigheter och upphandlande enheter omfattas således av den lagen.

Varje uppgift i en näringsverksamhet kan i princip utgöra en företagshemlighet. Det ställs inte krav på viss verkshöjd, originalitet eller liknande för att uppgifter skall omfattas av tillämpningsområdet. Uppgifterna kan avse informationen om såväl tekniska, kommersiella som administrativa förhållanden. Avgörande är att informationen i något avseende rör näringsidkarens affärs- eller driftförhållanden (prop. 1987/88:155 s. 35). Skyddsområdet i lagen är således detsamma som i de generella sekretessbestämmelserna i direktiven.

Enligt lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter skall informationen i fråga ha lämnats i förtroende. Det innebär att mottagaren måste inse eller bör inse att det är en förutsättning för att

han skall få del av uppgiften att han inte obehörigen utnyttjar eller röjer den. Detta rekvisit överensstämmer med innehållet i de generella sekretessbestämmelserna i direktiven, som stadgar att sådana uppgifter som leverantörerna önskar hålla hemliga inte får offentliggöras. Lagen förutsätter också att ett röjande av informationen är ägnat att medföra skada för näringsidkaren. Med den tolkning av de generella sekretessbestämmelserna i direktiven som regeringen gjort, dvs. att tillämpningen av dessa bestämmelser förutsätter att den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten gör en skadeprövning, överensstämmer bestämmelserna i lagen om företagshemligheter med direktivens generella sekretessbestämmelser på denna punkt.

Det får mot bakgrund av vad som anförts anses klarlagt att lagen om företagshemligheter medger ett sådant skydd för hemliga uppgifter som lämnats av leverantörer i ett upphandlingsärende som motsvarar det skydd som får anses följa av de generella sekretessbestämmelserna i direktiven.

Beträffande artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv hänvisade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 277) till reglerna om sekretess i 14 kap. 9 och 10 §§ sekretesslagen (1980:100) och lagen om skydd för företagshemligheter. Enligt regeringen gav nämnda regelverk en upphandlande myndighet eller enhet möjlighet att skydda hemliga uppgifter i tekniska specifikationer när de lämnades till berörda leverantörer på det sätt som angavs i artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv.

Bestämmelserna om konfidentialitet i 2004 års upphandlingsdirektiv föranledde således inte några ändringar i svensk rätt (bet. 2007/08:FiU7, rskr. 2007/08:31).

Offentlighets- och sekretesslagen och lagen om skydd för företagshemligheter

De sekretessbestämmelser som gällde vid tidpunkten för genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv återfinns i dag i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400, OSL). I OSL finns regler om sekretess till skydd för det allmännas ekonomiska intresse, 19 kap., och till skydd för enskild i annan verksamhet med anknytning till näringslivet, 31 kap.

Beträffande myndighets affärsverksamhet m.m. föreskrivs följande i 19 kap. 3 § OSL.

Upphandling m.m.

3 § Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttighet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Begreppet tjänst omfattar inte arbete som för en myndighets behov utförs av dess egen eller någon annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 5 a kap. 11 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 5 a kap. 11 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller 6 kap. 11 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Om ett ärende enligt första stycket rör försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande en handling som anger villkoren i ett slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess att två år, eller hos statliga affärsverk, Försvarets materielverk och Försvarexportmyndigheten samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har gått från det att avtalet slöts.

I 31 kap. 16 och 17 §§ OSL föreskrivs följande avseende enskildas affärsförbindelser med myndigheter m.m.

Affärsförbindelse med myndighet

16 § Sekretess gäller för uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden när denne i annat fall än som avses i 1 § första stycket, 2–4 och 12 §§ har trätt i affärsförbindelse med en myndighet, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande en handling som anger villkoren i ett avtal gäller sekretessen dock längst till dess att två år, eller hos statliga affärsverk, Försvarets materielverk och Försvarexportmyndigheten samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har gått från det att avtalet slöts.

Affärsförbindelse med vissa bolag m.m.

17 § Sekretess gäller för uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden när denne har trätt i affärsförbindelse med bolag, förening, samfällighet eller stiftelse som driver affärsverksamhet och vari det allmänna genom myndigheten utövar ett bestämmande inflytande eller bedriver revision, om det kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.

Sekretessen hos en myndighet som bedriver sådan revision gäller inte om uppgiften ingår i ett beslut av myndigheten.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande handling som anger villkoren i ett avtal gäller sekretessen dock längst till dess att två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har gått från det att avtalet slöts.

När det gäller möjligheterna att inskränka rätten för en enskild mottagare av en viss uppgift att lämna uppgiften vidare eller utnyttja den, är bestämmelserna i OSL och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter av betydelse.

I OSL, liksom tidigare i sekretesslagen, handlar det om regleringen av röjande av uppgifter med s.k. förbehåll. Systematiken i OSL har dock inneburit en annan lagteknisk lösning än den som tidigare fanns i sekretesslagen. Det rör sig emellertid inte om någon ändring i sak såvitt avser nu aktuella lagrum. De regler som framförallt har betydelse för nu aktuell frågeställning återfinns i 10 kap. 4, 13 och 14 §§ och 12 kap. 2 § OSL.

I 9 kap. 3 § OSL finns en bestämmelse som upplyser om att det finns föreskrifter som är tillämpliga utöver bestämmelserna om sekretess i OSL när det gäller tystnadsplikt för företagshemligheter. Sådana föreskrifter återfinns i den ovan nämnda lagen beträffande skydd för företagshemligheter.

Lagen om skydd för företagshemligheter gäller enligt 1 § information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse. Enligt samma paragraf tar regleringen sikte på information som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för näringsidkaren i konkurrenshänseende.

Begreppet näringsidkare ska i den mening som avses i lagen om skydd för företagshemligheter tolkas vidsträckt och innefatta varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art. Det saknar således betydelse för lagens tillämpning huruvida den yrkesmässigt bedrivna verksamheten av ekonomisk

art, bedrivs av en myndighet, ett kommunalt eller statligt bolag, ett privat företag etc. (se prop. 2006/07:128 s. 270–271).

Skyddet för informationen framgår bl.a. av skadeståndsreglerna i ovan nämnda lag. Av 6 § framgår att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare som han eller hon i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse med näringsidkaren ska ersätta den skada som uppkommer genom hans eller hennes förfarande.

3.4.2 2014 års upphandlingsdirektiv

De regler i 2014 års upphandlingsdirektiv om sekretess som motsvarar artikel 6 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 13 i 2004 års LUF-direktiv finns i artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet. Utformningen av dessa artiklar i 2014 års direktiv har dock ändrats i förhållande till motsvarigheterna i 2004 års direktiv.

Artikel 21 i LOU-direktivet består av två punkter, medan motsvarigheten, artikel 6 i 2004 års LOU-direktiv, inte är uppdelad över huvud taget. Regleringen i artikel 39 i LUF-direktivet är precis som den i artikel 13 i 2004 års LUF-direktiv uppdelad i två punkter.

När det gäller artikel 21.1 i LOU-direktivet och artikel 39.1 i LUF-direktivet, som båda tar sikte på leverantörernas intresse av att vissa uppgifter inte röjs, rör det sig endast om en ändrad ordalydelse utan att det sakliga innehållet har förändrats. Annorlunda förhåller det sig med artikel 21.2 i LOU-direktivet, som är ny i förhållande till artikel 6 i 2004 års LOU-direktiv, och artikel 39.2 i LUF-direktivet, som har ändrats i förhållande till artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv.

Bestämmelserna i artikel 21.2 i LOU-direktivet och artikel 39.2 i LUF-direktivet är placerade i artiklar om sekretess i respektive direktiv, precis som motsvarande bestämmelse i artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv. Varken artiklarnas rubriker, placeringen av artiklarna eller skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv ger stöd för att artikel 21.2 i LOU-direktivet och artikel 39.2 i LUF-direktivet innehåller något annat än bestämmelser om sekretess, dvs. regler som styr under vilka förutsättningar uppgifter kan röjas. Det finns således inte något stöd för att tolka regelverket som primärt gällande informationssäkerhet (jfr prop. 2010/11:150 s. 252).

Av artikel 21.2 i LOU-direktivet framgår att en upphandlande myndighet ska i syfte att skydda uppgifter kunna ställa krav på de leverantörer som under upphandlingsförfarandet får del av känsliga uppgifter. Det skyddsvärda intresset får, som artikeln är utformad, antas vara den upphandlande myndighetens intresse av sekretess. Bestämmelsen i artikel 21.2 i LOU-direktivet motsvarar närmast bestämmelserna i artikel 39.2 i LUF-direktivet och artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv i så måtto att samtliga tar sikte på den upphandlande myndighetens intresse av sekretess.

Vid en jämförelse mellan artikel 21.2 i LOU-direktivet och artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv visar sig den skillnaden att den förra är generellt utformad. Den innehåller inte några kopplingar till specifika skeden under en upphandling. En tolkning av artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv ger vid handen att den anvisar *när* – ”i samband med utskickandet av tekniska specifikationer” – och *hur länge* – ”under den period då den bedömer de ekonomiska aktörernas kvalifikationer och gör urval samt tilldelar kontrakt” – krav kan ställas.

Samma skillnad visar sig när artikel 39.2 i LUF-direktivet jämförs med artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv, nämligen att den förra är generellt utformad. I förhållande till artikel 21.2 i LOU-direktivet finns det i artikel 39.2 i LUF-direktivet en hänvisning till uppgifter som förekommer i eventuella kvalificeringssystem.

3.4.3 Överväganden

Utredningens bedömning: De uppgifter som avses i bestämmelserna om sekretess i artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet kan skyddas med tillämpning av offentlighets- och sekretesslagen och lagen om skydd för företagshemligheter. Bestämmelserna i artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet behöver därför inte genomföras genom föreskrifter i de nya författningarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Skälen för utredningens bedömning

Motsvarigheterna till artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet delades vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv in i generella och särskilda sekretessbestämmelser. Enligt utredningens mening är utformningen av artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet sådan att det knappast går att tala om någon skillnad sekretessbestämmelserna emellan i fråga om de är generella eller särskilda. Med den begreppsbildning som användes i prop. 2006/07:128 får båda artiklarna närmast betecknas som generella.

De nu aktuella reglerna om sekretess i artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet ska enligt utredningens uppfattning tolkas, precis som tidigare generella motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv, i ljuset av de krav på öppenhet som följer av direktiven. Den avvägning mellan sekretess och öppenhet som bör göras vid tolkningen av vad artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet fordrar i sekretesshänseende, innebär enligt utredningens mening inte något krav på att sekretessen ska vara absolut i alla skeden under en upphandling. Utredningen anser därför att det inte går att rikta några principiella invändningar mot den svenska ordningen att absolut sekretess gäller i vissa skeden och att det i övrigt får göras en skadeprövning enligt OSL eller i förekommande fall enligt lagen om skydd för företags-hemligheter.

När det gäller de delar av regelverket som tar sikte på en leverantörs intresse av att skydda uppgifter som den lämnar till en upphandlande myndighet eller enhet, artikel 21.1 i LOU-direktivet och artikel 39.1 i LUF-direktivet, har ordalydelseerna av artiklarna ändrats i förhållande till de i motsvarande artiklar i 2004 års upphandlingsdirektiv. Såvitt utredningen kan bedöma regleringen i denna del innebär den dock inte några sakliga förändringar.

Utredningen ser ingen anledning att ifrågasätta den ordning som gäller i dag i fråga om regleringen av en leverantörs intresse av sekretess, dvs. att behovet av sekretess tillgodoses med tillämpning av OSL eller, om det upphandlande organets verksamhet inte omfattas av OSL, lagen om skydd för företags-hemligheter. Detta innebär i fråga om OSL att en leverantörs intresse av sekretess enligt artikel 21.1 i LOU-direktivet och artikel 39.2 i LUF-direktivet får bedömas bli tillgodosett genom framförallt 19 kap. 3 § andra stycket och 31 kap. 16 och 17 §§ OSL.

I fråga om upphandlande myndigheters och enheters intresse av att skydda uppgifter, som regleras i artikel 21.2 i LOU-direktivet och artikel 39.2 i LUF-direktivet, rör det sig om ändringar i sak i förhållande till 2004 års upphandlingsdirektiv. För det första har regelverket utformats generellt och för det andra är regleringen ny i det direktiv som reglerar det klassiska området.

Med att regelverket har utformats generellt avses att det inte längre finns någon koppling till när och hur länge under upphandlingsförfarandet som krav enligt artiklarna får ställas av en upphandlande myndighet eller enhet.

Själva frågan om upphandlande organs intresse av sekretess är dock inte ny. Som framgått regleras den nämligen i artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv. Bedömningen vid genomförandet av artikeln var att bestämmelserna i sekretesslagen och lagen om skydd för företagshemligheter tillgodosåg behovet av sekretess.

De skillnader som framhållits ovan mellan 2004 års och 2014 års upphandlingsdirektiv ska emellertid inte överdrivas. Det handlar trots allt fortfarande om att vid tolkningen av artiklarna göra en avvägning mellan den sekretess och den öppenhet som direktiven eftersträvar. Enligt utredningens mening uppnås syftena med direktivens sekretessregler i fråga om upphandlande enheters intresse av sekretess, artikel 39.2 i LUF-direktivet, alltså med en tillämpning av 19 kap. 3 § OSL, med OSL:s regler om röjande av uppgifter med förbehåll och genom lagen om skydd för företagshemligheter. Det finns inte anledning att göra någon annan bedömning beträffande motsvarande regel för upphandlande myndigheter, artikel 21.2 i LOU-direktivet.

Av artikel 21.2 i LOU-direktivet och artikel 39.2 i LUF-direktivet följer inte heller något krav på särskilda regler om informationssäkerhet. För det fall en elektronisk överföring av uppgifter inte anses tillräckligt säker mot bakgrund av de sekretesshänsyn som gör sig gällande i en upphandling – för övrigt en situation som utredningen förutsätter uppstår mycket sällan – kan erinras om det som följer av svensk lagstiftning om tillgång till information enligt tryckfrihetsförordningen (TF) och OSL. Av 2 kap. 12 och 13 §§ TF följer dels att en handling lämnas ut genom att den tillhandahålls på plats hos myndigheten eller genom avskrift eller kopia på handlingen, dels att en myndighet inte är skyldig att lämna ut en handling i elektronisk form.

Det bör också antecknas att artikel 21.1 i LOU-direktivet och artikel 39.1 i LUF-direktivet inleds med orden ”Om inte annat

föreskrivs i detta direktiv eller nationell lagstiftning som upphandlande myndighet omfattas av, särskilt lagstiftning om tillgång till information ---". Direktiven lämnar alltså stort utrymme för nationell rätt när det gäller föreskrifter om tillgång till information, dvs. de ovan behandlade bestämmelserna i svensk rätt i TF, OSL och lagen om skydd för företagshemligheter.

Sammanfattningsvis bedömer utredningen således att regelverket om sekretess i artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet inte behöver genomföras genom föreskrifter i de specialförfattningar som gäller offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Det som åsyftas med artiklarna uppnås med en tillämpning av TF, OSL och lagen om skydd för företagshemligheter.

3.5 Kommunikation

3.5.1 Nuvarande ordning

2004 års upphandlingsdirektiv

Med regler om kommunikation avses i detta sammanhang framförallt regler om medlen för kommunikation. Även om medlen för kommunikation inte regleras samlat i 2004 års upphandlingsdirektiv, saknas det inte centrala bestämmelser i ämnet. Dessa bestämmelser återfinns i artikel 42 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 48 i 2004 års LUF-direktiv. I bilaga X till 2004 års LOU-direktiv och bilaga XXIV till 2004 års LUF-direktiv finns dessutom kompletterande bestämmelser med krav på den utrustning som ska användas för elektronisk mottagning.

Regelverket är i för sig inte begränsat till någon viss form av kommunikation men är ändå ett resultat av ett intresse att öka användningen av elektronisk kommunikation i upphandlingsförfarandena. Detta intresse balanseras mot intresset att krav på elektronisk kommunikation inte får hindra en leverantör att delta i en upphandling av tekniska skäl. Dessa intressen uttrycks på följande sätt i direktivens skäl (skäl 35 i 2004 års LOU-direktiv och skäl 46 i 2004 års LUF-direktiv).

Med tanke på att den nya informations- och kommunikationstekniken kan förenkla offentliggörandet av upphandlingar och göra upphandlingsförfarandet effektivare och öppnare bör elektroniska medel jämföras med traditionella medel för kommunikation och utbyte av information. I så stor utsträckning som möjligt bör de medel och den teknik som väljs vara förenliga med den teknik som används i de andra medlemsstaterna.

Nuvarande LOU och LUF

Artikel 42 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 48 i 2004 års LUF-direktiv är genomförda genom reglerna i 9 kap. 1–7 §§ LOU och 9 kap. 1–7 §§ LUF. Bilaga X till 2004 års LOU-direktiv och bilaga XXIV till 2004 års LUF-direktiv är genomförda genom dels 9 kap. 3 § andra och tredje styckena LOU och 9 kap. 3 § andra och tredje styckena LUF, dels genom 13 § upphandlingsförordningen (2011:1040). Genomförandet av artiklarna behandlades av Upphandlingsutredningen 2004 (SOU 2005:22 s. 323–328 och 527–531). De förslag som regeringen sedermera lämnade till riksdagen överensstämde i huvudsak med utredningens (prop. 2006/07:128 s. 212–219, 370–376 och 517–521).

I propositionen utvecklade regeringen särskilt sin syn på elektronisk upphandling. Regeringen betonade därvid vikten av att stödja framväxten av en fungerande gränsöverskridande europeisk upphandling och betydelsen av elektronisk upphandling i det sammanhanget (prop. 2006/07:128 s. 217).

I fråga om vilka elektroniska signaturer som upphandlande myndigheter och enheter skulle kunna ställa krav på, menade regeringen att kvalificerade elektroniska signaturer användes i en så begränsad omfattning att det inte fanns anledning att införa en möjlighet att ställa sådana krav (prop. 2006/07:128 s. 218). I stället gavs möjligheten att ställa krav på avancerade elektroniska signaturer (9 kap. 3 § andra stycket LOU och 9 kap. 3 § andra stycket LUF).

Riksdagen beslutade med några lagtekniska justeringar i enlighet med förslagen i propositionen (bet. 2007/08:FiU7, rskr. 2007/08:31). Bestämmelserna i ämnet samlades därvid i både LOU och LUF i 9 kap. under rubrikerna Regler för kommunikation (1–3 §§), Skyldighet att lämna in intyg m.m. (4 §), Bekräftelse av ansökan om att få lämna anbud (5 §), Uppgifter från leverantörer skall bevaras säkert (6 §), och Öppnande av anbud (7 §).

Upphandlingsutredningen 2010

Av delbetänkandet, SOU 2011:73, framgår att Upphandlingsutredningen 2010 har gått igenom en stor mängd rapporter avseende elektronisk upphandling. Denna genomgång visade enligt Upphandlingsutredningen 2010 bl.a. att år 2010 använde 45 procent av de upphandlande myndigheterna någon form av e-verktyg i sina upphandlingsförfaranden (s. 108). Intresset visade sig enligt rapporterna vara stort och inom två år beräknade ytterligare 26 procent av de upphandlande myndigheterna att de skulle ha infört elektroniskt upphandlingsförfarande (s. 109).

När det gällde det fortsatta arbetet avsåg Upphandlingsutredningen 2010 att analysera om utredningen skulle kunna bidra till att komma till rätta med flaskhalsar som hindrade en snabb utveckling av den elektroniska upphandlingen i Sverige (s. 112).

Av till Socialdepartementet inkomna remissvar beträffande delbetänkandet framgick att såväl statliga som kommunala myndigheter var positiva till elektronisk upphandling (dnr S2011/10312). Det framfördes dock några farhågor. En av dessa var att det fanns en risk för att systemen för elektronisk upphandling skulle komma att utformas utan full insikt i och förståelse för leverantörernas behov.

Upphandlingsutredningen 2010 beskrev i sitt slutbetänkande, SOU 2013:12, innehållet i artiklarna om kommunikation som då hade fått en utformning som i stora drag motsvarade den i artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet. Utredningen (s. 220) uttryckte att artiklarna ”innehåller bestämmelser om att all kommunikations- och informationsutbyte ska ske i elektronisk form”. Enligt utredningen var dock bestämmelserna primärt begränsade till att gälla själva anbuds lämnandet. Det innebar enligt utredningen (s. 221) bl.a. att medlemsstaterna enligt artiklarna om kommunikation inte var skyldiga att exempelvis införa krav på interna elektroniska processer hos upphandlande myndigheter och enheter för urvals- och utvärderingsbedömningar.

I slutbetänkandet redogjorde utredningen vidare för de möjligheter och risker med elektronisk upphandling som utredningen hade identifierat i sitt utåtriktade arbete. Utredningen (SOU 2013:12 s. 224–228) pekade på flera positiva effekter av att använda elektroniska system för upphandling, såsom minskade kostnader, en effektivare upphandlingsprocess och ökade möjligheter till kontroll och överblick. När det gällde risker med

elektronisk upphandling identifierade utredningen (s. 229) endast ett fåtal sådana. Utredningen (s. 230) framhöll bl.a. vikten av att upphandlande myndigheter och enheter använder användarvänliga system. Vidare riktade utredningen uppmärksamheten på avsaknaden av tillgång till säkra lösningar för identifiering och autentisering av juridiska personer.

I sina sammanfattande slutsatser beträffande elektronisk upphandling uttalade sig Upphandlingsutredningen 2010 i fråga om dagens användning av elektroniska system. Enligt ”utredningens erfarenheter, som också hade bekräftats av bl.a. Upphandlingsstödet, ESV och SKL, används elektroniska lösningar mer och mer av upphandlande myndigheter och enheter” (s. 231).

Såvitt framgår av remissvaren som gällde slutbetänkandet (dnr S2013/1826/RU) var remissopinionen oförändrad i förhållande till den som uttrycktes med anledning av delbetänkandet när det gällde elektronisk upphandling. Två remissinstanser, Företagarna och Sveriges advokatsamfund, betonade vikten av att systemen är användarvänliga. Företagarna underströk vidare bl.a. betydelsen av att de elektroniska upphandlingssystem som tillhandahålls, är brett tillgängliga och teknikneutrala.

Elektronisk signering och identifiering

I lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer finns bestämmelser om säkra anordningar för signaturframställning, om kvalificerat certifikat för elektroniska signaturer och om utfärdande av sådana certifikat. Syftet med lagens bestämmelser är att underlätta användningen av elektroniska signaturer.

I lagen om kvalificerade elektroniska signaturer beskrivs avancerade och kvalificerade signaturer. Enligt definitionerna i 2 § avses med *avancerad elektronisk signatur*: elektronisk signatur som a) är knuten uteslutande till en undertecknare, b) gör det möjligt att identifiera undertecknaren, c) är skapad med hjälpmedel som endast undertecknaren kontrollerar, och d) är knuten till andra elektroniska data på ett sådant sätt att förvanskningar av dessa data kan upptäckas, och med *kvalificerad elektronisk signatur*: avancerad elektronisk signatur som är baserad på ett kvalificerat certifikat och som är skapad av en säker anordning för signaturframställning.

Såvitt framgår av Post- och telestyrelsens (PTS) hemsida finns det certifikatutfärdare som är etablerade i Sverige och som enligt

8 § lagen om kvalificerade elektroniska signaturer anmält hos PTS att de avser att utfärda kvalificerade certifikat till allmänheten (<http://www.pts.se/sv/Bransch/Internet/Elektroniska-signaturer/>).

I detta sammanhang bör noteras att det direktiv som genomfördes genom lagen om kvalificerade elektroniska signaturer – Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/93/EG av den 13 december 1999 om ett gemenskapsramverk för elektroniska signaturer – kan komma att upphävas. Inom EU pågår nämligen förhandlingar om ett förslag från kommissionen om en förordning på området (KOM(2012) 238) vilken innehåller bestämmelser som upphäver direktiv 1999/93/EG. Förslaget syftar till att förbättra det befintliga regelverket och utvidga det till att omfatta ömsesidigt erkännande och godtagande på EU-nivå av anmälda system för elektronisk identifiering och andra viktiga närliggande betrodda e-tjänster. Som det uttrycks i Regeringskansliets faktapromemoria angående kommissionens förslag (Regeringskansliet Faktapromemoria 2011/12:FPM162 s. 3), är förslaget bl.a. ett led i upprättandet av en effektiv rättslig ram för att möjliggöra en övergång till obligatorisk e-upphandling inom EU. Det är i dagsläget oklart när den föreslagna förordningen kan komma att antas och vilket slutligt innehåll den kommer att få.

När det gäller elektroniska signaturer är också två beslut av kommissionen med anledning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden (tjänstedirektivet) av intresse. Det ena är kommissionens beslut av den 16 oktober 2008 om åtgärder som underlättar användningen av förfaranden på elektronisk väg genom gemensamma kontaktpunkter i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden (2009/767/EG). Det andra är kommissionens beslut av den 25 februari 2011 om fastställande av minimikrav för behandling över gränserna av dokument som signerats elektroniskt av behöriga myndigheter i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden (2011/130/EU). I beslut 2009/767/EG finns bestämmelser som ålägger medlemsstaterna att enligt närmare angivna specifikationer inrätta, underhålla och offentliggöra en ”tillförlitlig förteckning” med minimiuppgifter om de tillhandahållare av certifieringstjänster som utfärdar kvalificerade certifikat till allmänheten och som medlemsstaten övervakar/ackrediterar. Det senare beslutet, beslut 2011/130/EU, syftar till att för en mottagande myndighet underlätta verifieringen av elektroniska

signaturer som emanerar från behöriga myndigheter i andra medlemsstater och som en tjänsteleverantör måste lämna in via en gemensam kontaktpunkt enligt tjänstedirektivet.

Ett regelverk som också bör nämnas är lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering som trädde i kraft den 1 juli 2013. Reformen syftade till att skapa e-legitimationslösningar som skulle vara utformade efter användarnas behov, enkla och säkra att använda och lätta att få tillgång till (prop. 2012/13:123 s. 20). Genom reformen tillskapades också en s.k. identitetsfederation med syftet att stödja den offentliga förvaltningen vid upphandlingar av tjänster för elektronisk identifiering, s.k. eID-tjänster (s. 21 och 25). Federationen administreras av E-legitimationsnämnden.

Den nyss omnämnda myndigheten, E-legitimationsnämnden, inrättades den 1 januari 2011. Enligt 1 § första stycket förordningen (2010:1497) med instruktion för E-legitimationsnämnden är nämndens uppgift att stödja och samordna elektronisk identifiering och signering i den offentliga förvaltningens e-tjänster. Ytterligare information om nämnden finns på myndighetens hemsida (<http://www.elegnamnden.se/>).

3.5.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Skälen

I skälen i 2014 års upphandlingsdirektiv (skälen 52–58 i LOU-direktivet och skälen 63–69 i LUF-direktivet) tecknas en bild av hur tillämpningen av direktivens bestämmelser om kommunikation bör te sig i stort. I skälen framhålls att elektroniska medel för information och kommunikation i hög grad kan förenkla offentliggörandet av upphandlingar och öka effektiviteten och öppenheten i upphandlingsförfarandena. Enligt skälen stärker en sådan användning av elektroniska medel leverantörernas möjligheter att delta i upphandlingar på hela EU:s inre marknad. Mot den bakgrunden bör enligt skälen standardförfarandet för kommunikation och informationsutbyte vara att man använder elektroniska medel. Därför bör det enligt skälen vara obligatoriskt att överföra meddelanden i elektronisk form, att hålla upphandlingsdokument tillgängliga på elektronisk väg och att i alla skeden av förfarandet kommunicera med elektroniska medel. I sammanhanget framhålls

vidare att medlemsstaterna samt upphandlande myndigheter och enheter ”bör ha rätt att gå längre om de så önskar” (skäl 52 i LOU-direktivet och skäl 63 i LUF-direktivet).

I fråga om anbud framhålls i skälen att det är särskilt betydelsefullt att sådana kan lämnas med hjälp av elektroniska medel. I anslutning härtill introduceras begreppet elektronisk inlämning. Formuleringen av tredje meningen i både skäl 52 i LOU-direktivet och skäl 63 i LUF-direktivet ger viss vägledning när begreppet ska tolkas. Med nämnda formulering som utgångspunkt framstår det som rimligt att anta att elektronisk inlämning enbart avser anbud.

I skälen klargörs vidare att kravet på begagnande av elektroniska medel inte påverkar hur upphandlande myndigheter och enheter internt ska hantera meddelanden, upphandlingsdokument och övrig kommunikation. Det är således myndigheterna och enheterna som själva har att bl.a. avgöra om anbuden internt ska behandlas eller utvärderas elektroniskt. I konsekvens med att direktiven reglerar förfarandet fram till tidpunkten för tilldelning av kontrakt, finns det enligt skälen ingen skyldighet enligt direktiven att efter den tidpunkten använda elektroniska medel för kommunikation.

De tydliga preferenserna till förmån för elektroniska medel enligt det ovan sagda, balanseras av det som sedan framförs i skäl 53 i LOU-direktivet och skäl 64 i LUF-direktivet. Det framgår därvid att utgångspunkten är att de elektroniska medel som anvisas för kommunikation i en upphandling, ska vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och driftskompatibla med den informations- och kommunikationsteknik som används i allmänhet, och inte begränsa leverantörernas tillträde till en upphandling.

Därefter behandlas i samma skäl kravet att elektroniska medel ska användas i alla faser under en upphandling. Det uttrycks att det måste klargöras att denna skyldighet inte lämpligen får drivas så långt att den i praktiken kräver en användning av särskilda hjälpmedel eller filformat som inte är allmänt tillgängliga, eller att kommunikationen i fråga endast kan hanteras med hjälp av specialiserad kontorsutrustning. Upphandlande myndigheter och enheter bör därför i vissa fall inte vara skyldiga att kräva att elektroniska medel ska användas när anbud lämnas in. Dessa situationer bör enligt skälen beskrivas genom en uttömmande uppräknning.

Skäl 53 i LOU-direktivet och skäl 64 i LUF-direktivet avslutas med två klargöranden. För det första ska undantaget att kommunicera med andra medel än elektroniska vara begränsat till endast den del av inlämningen av ett anbud som inte kan göras med hjälp av

elektroniska medel. Med andra ord innebär den omständigheten att det föreligger en undantagssituation inte att kommunikeringen i en upphandling i alla delar kan genomföras med andra medel än elektroniska. För det andra ska upphandlande myndigheter och enheter kunna bestämma en högsta storlek på de filer som lämnas in på elektronisk väg, om detta är nödvändigt av tekniska skäl.

I skälen (skälen 54–57 i LOU-direktivet och skälen 65–68 i LUF-direktivet) framhålls riskerna med användningen av skilda standarder för de elektroniska medlen. Det efterfrågas därför en standardisering av framförallt katalogformaten. I skälen betonas vidare att säkerhetsnivån vid anlitandet av elektroniska medel måste bestämmas med utgångspunkt från vad som är proportionerligt.

Avslutningsvis poängteras i skälen (skäl 58 i LOU-direktivet och skäl 69 i LUF-direktivet) att även om väsentliga delar av upphandlingsförfarandet alltid bör genomföras skriftligen, finns det inget hinder mot att leverantörerna i övrigt kommunicerar muntligen med upphandlande myndigheter eller enheter. Ett viktigt krav att beakta vid sådan kommunikation är att det väsentliga som kommer fram dokumenteras.

Artiklarna

Bestämmelserna om kommunikation i artikel 22 i LOU-direktivet och i artikel 40 i LUF-direktivet har utformats väsentligen på samma sätt. Regleringen är indelad i sju punkter.

I *första punkten* föreskrivs att medlemsstaterna ska se till att all kommunikation och allt informationsutbyte sker med hjälp av elektroniska medel för kommunikation. I punkten framhålls att detta särskilt ska gälla för elektronisk inlämning. Någon närmare beskrivning av vad som avses med elektronisk inlämning finns dock inte vare sig i denna punkt eller i artikeln i övrigt. Därefter uppställs i punkten vissa allmänna krav på de verktyg och anordningar som erfordras för att de anvisade elektroniska medlen ska få användas. Sålunda gäller att de verktyg eller anordningar som begagnandet av de elektroniska medlen erfordrar, ska vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga, driftskompatibla med den informations- och kommunikationsteknik som används i allmänhet och inte begränsa någon leverantörs tillträde till upphandlingen i fråga.

För det fall ett av de ovan allmänna kraven inte är uppfyllt – kravet på att de elektroniska medlen i fråga är allmänt tillgängliga – utesluter det likväl inte att en upphandlande myndighet under vissa förutsättningar kan välja att inte kräva att elektroniska medel ska användas. Detta följer av leden a–d i punktens andra stycke. Om andra medel än elektroniska ska användas enligt dessa allmänna undantagsbestämmelser i punktens andra stycke, ska kommunikationen enligt tredje stycket genomföras med hjälp av post eller en kombination av post och elektroniska medel.

De allmänna undantagsbestämmelserna i punktens andra stycke kompletteras med särskilda undantagsbestämmelser i samma punkts fjärde stycke. Dessa särskilda undantagsbestämmelser medger under närmare beskrivna villkor att andra medel än elektroniska får användas, om det är nödvändigt med hänsyn till informations-säkerheten eller till skyddet av känsliga uppgifter.

Både de allmänna och de särskilda undantagsbestämmelserna gäller enligt artiklarnas ordalag för kommunikation vid inlämning ("the submission process") i en upphandling.

Avslutningsvis föreskrivs i punkten att det är den upphandlande myndigheten eller enheten som i de individuella rapporterna enligt artikel 84 i LOU-direktivet eller artikel 100 i LUF-direktivet ska visa varför elektroniska medel inte har använts för kommunikation i upphandlingen.

Muntlig kommunikation regleras särskilt i *andra punkten*. I punkten betonas vikten av att sådan kommunikation dokumenteras.

För kommunikation, informationsutbyte och lagring av uppgifter gäller enligt *tredje punkten* att hanteringen ska uppfylla kraven på sekretess som gäller för anbudena och anbudsansökningarna.

I *fjärde och femte punkterna* finns regler som innebär att en upphandlande myndighet eller enhet får kräva att leverantörer i en upphandling i vissa fall ska använda verktyg och anordningar som inte är allmänt tillgängliga enligt första punkten. För att en myndighet eller enhet med tillämpning av fjärde eller femte punkten i en upphandling ska kunna avvika från nyss nämnda allmänna krav i första punkten, krävs dock att den erbjuder leverantörerna alternativa förfaringsätt för att ges tillträde till upphandlingen. Vad som ska anses vara lämpliga alternativ preciseras i andra stycket i femte punkten.

Fjärde punktens undantag tar enligt dess ordalydelse enbart sikte på de verktyg och inte på de anordningar som behöver användas i en upphandling och begränsar sig vidare till byggentreprenadkontrakt och projekttävlingar. Bestämmelserna i punkten är inte obligatoriska att genomföra för medlemsstaterna. Som exempel på verktyg nämns i fjärde punkten s.k. byggnadsinformationsmodellering (BIM).

Femte punktens tillämpning begränsas inte på samma sätt som fjärde punktens. Tillämpningen av femte punkten avgränsas i stället av andra rekvisit. En förutsättning för tillämpningen av punkten är sålunda att det finns behov av att kräva verktyg eller anordningar som inte är allmänt tillgängliga enligt första punkten.

I *sjätte punkten* återfinns ett antal krav på de verktyg och anordningar som ska användas för elektronisk överföring och mottagning av anbud och anbudsansökningar. Kraven gäller utöver de som följer av direktivens bilagor om krav på verktygen och anordningarna för mottagning av vissa typer av dokument (bilaga IV till LOU-direktivet och bilaga V till LUF-direktivet).

Sjunde punkten bemyndigar kommissionen att anta delegerade akter på vissa i punkten närmare definierade områden.

Som framgått kompletteras sjätte punkten med bestämmelser i *bilaga IV* till LOU-direktivet och *bilaga V* till LUF-direktivet beträffande de verktyg och anordningar som ska användas för elektronisk mottagning av anbud, anbudsansökningar och anmälan om deltagande i projekttävlingar.

Definitioner och genomförande

När det gäller frågan hur ovanstående artiklars och bilagors regler bör genomföras är också definitionerna av skriftlighet och elektroniska medel och den särskilda genomförandetiden för artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet av betydelse.

I LOU-direktivet och LUF-direktivet finns definitioner av skriftlighet (artikel 2.1.18 i LOU-direktivet och artikel 2.14 i LUF-direktivet) och elektroniska medel (artikel 2.1.19 i LOU-direktivet och artikel 2.15 i LUF-direktivet). Skriftlighet är definierat teknikneutralt och innefattar information som kan överföras och lagras på elektronisk väg. Med elektroniska medel avses elektronisk utrustning för behandling (även digital komprimering) och lagring av data som sänds, överförs och mottas via kabel, radiovägar, på optisk eller annan elektromagnetisk väg.

Tiden för genomförande av upphandlingsdirektivens bestämmelser regleras i artikel 90 i LOU-direktivet och artikel 106 i LUF-direktivet. Särskilda genomförandebestämmelser beträffande artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet finns i artikel 90.2 i LOU-direktivet och artikel 106.2 i LUF-direktivet. Enligt dessa särskilda genomförandebestämmelser kan medlemsstaterna som en övergångslösning senarelägga ikraftträdandet av de regler som genomför artikel 22.1 i LOU-direktivet och artikel 40.1 i LUF-direktivet. Bestämmelserna medger att ikraftträdandet senareläggs t.o.m. den 18 oktober 2018, eller i fråga om inköpscentraler t.o.m. den 18 april 2017.

3.5.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna i artikel 22.1 femte stycket i LOU-direktivet och artikel 40.1 femte stycket i LUF-direktivet bör inte genomföras genom särskilda bestämmelser om kommunikation. Bestämmelserna i artikel 22.7 i LOU-direktivet och artikel 40.7 i LUF-direktivet bör inte föranleda några föreskrifter i författning. Bestämmelserna om kommunikation i artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet bör inte genomföras i svensk rätt. Övriga bestämmelser om kommunikation i artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet ska dock genomföras genom föreskrifter i lag men till viss del även i förordning.

Kommunicera med elektroniska medel – en målsättning eller en skyldighet?

Att EU-kommissionen har önskat få till stånd ett obligatorium i fråga om användning av elektroniska medel vid kommunikering under en upphandling, står klart vid en granskning av kommissionens ursprungliga förslag till 2014 års upphandlingsdirektiv. Regleringen i de antagna direktiven synes dock inte lika tydligt ge uttryck för ett sådant obligatorium.

Begreppsbildningen i artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet ger i viss mån en oklar bild av om det rör sig om en skyldighet eller en erinran om lämpligheten av att begagna elektroniska medel vid kommunikering. Vid en jämförelse med hur

exempelvis bestämmelserna om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument har formulerats (artikel 53 i LOU-direktivet och artikel 73 i LUF-direktivet), ligger det nära till hands att se regleringen i artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet närmast som målsättningsstadganden i fråga om användningen av elektroniska medel.

Det framstår också som oklart om en skyldighet i fråga om begagnandet av elektroniska medel ska omfatta all typ av informationsöverföring under en upphandling eller endast delar av kommunikeringen. Regleringen tycks å ena sidan ta sikte på såväl annonsering som kommunikation mellan en myndighet och en leverantör. Artiklarna i upphandlingsdirektivens avsnitt om offentliggörande och öppenhet (artiklarna 48–55 i LOU-direktivet och artiklarna 67–75 i LUF-direktivet) ger å andra sidan en bild av att kraven på vilka medel som ska användas bl.a. vid annonsering och för att ge tillgång till upphandlingsdokument uttömmande regleras i det avsnittet.

För frågan om hur upphandlingsdirektivens bestämmelser om kommunikation ska genomföras i svensk rätt, är det givetvis inte tillfredsställande att frågor av ovan antytt slag kan resas i fråga om de grundläggande frågeställningarna när det gäller artiklarnas tillämpning; uttrycker artiklarna en skyldighet att använda elektroniska medel och vilka åtgärder ska i så fall omfattas av en sådan skyldighet?

Samtidigt är det så att medlemsstaterna enligt utredningens mening får anses ha ett förhållandevis stort handlingsutrymme vid genomförandet av bestämmelserna om kommunikation i nyss berörda delar. Detta följer av ordvalet i första meningen i artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet. Medlemsstaterna ska enligt denna mening ”se till” att de i artiklarna beskrivna åtgärderna vidtas med hjälp elektroniska medel för kommunikation. Av skälen framgår vidare att medlemsstaterna i fråga om skyldigheten att använda elektroniska medel inte är förhindrade att utvidga kravet på begagnande av elektroniska medel i förhållande till upphandlingsdirektivens regler.

För utredningens vidkommande handlar det sålunda om att inom ramen för nyss beskrivna handlingsutrymme föreslå åtgärder som tillgodoser syftet med regleringen. Med hänsyn till det som uttalas i skälen till och i artiklarna om kommunikation i upphandlingsdirektiven, kan syftet enligt utredningen sammanfattas

med att det är att få till stånd en ordning där elektroniska medel används så långt möjligt.

För att tillgodose syftet med artiklarna bör tre olika aspekter av användningen av elektroniska medel bli föremål för reglering. Enligt utredningens bedömning bör det *för det första* slås fast att målsättningen är att elektroniska medel ska användas vid kommunikation så långt det är möjligt. Denna målsättning ska gälla oavsett vilken typ av informationsöverföring mellan en myndighet eller enhet och en leverantör det handlar om under en upphandling. Den gäller alltså för bl.a. annonsering, tillhandhållande av upphandlingsdokument och inlämning av anbud. Målsättningen bör *för det andra* kompletteras med en skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att för leverantörer anvisa begagnandet av elektroniska medel för kommunikation som innebär inlämning av vissa uppgifter eller dokument. Denna skyldighet innebär självklart att myndigheten eller enheten också är förpliktigad att ta emot uppgifterna eller dokumenten på det sätt som den anvisade kommunikationsmetoden kräver. Då varken målsättningen eller skyldigheten kan upprätthållas undantagslöst, bör det *för det tredje* finnas möjligheter att i specifika situationer avvika från både målsättningen och skyldigheten.

Målsättningen att använda elektroniska medel för kommunikation

Den målsättning i fråga om begagnandet av elektroniska medel vid kommunikation som grundar sig på upphandlingsdirektiven tar inte sikte på vilka medel en upphandlande myndighet eller enhet använder för att hantera information dels internt under en pågående upphandling, dels efter att en upphandling har avslutats. Målsättningen att elektroniska medel bör användas, tar i stället sikte på de åtgärder som under en pågående upphandling syftar till informationsöverföring mellan myndigheten eller enheten å ena sidan och en eller flera leverantörer å andra sidan.

Den beskrivna målsättningen uttrycker den allmänna ambitionsnivå som bör gälla i fråga om användningen av elektroniska medel vid kommunikation. Med tanke på att det är just en målsättning eller ambitionsnivå, är det den upphandlande myndigheten eller enheten som ytterst avgör om man i särskilda fall ska begagna sig av andra medel än elektroniska. Många av de situationer som kan bli aktuella träffas dock av specialregler i ämnet. Nedanstående

skyldighet i fråga om elektroniska medel vid inlämning av uppgifter eller dokument är en sådan specialregel. Bestämmelserna om medel för annonsering och tillhandahållande av upphandlingsdokument är andra sådana specialbestämmelser.

Sammanfattningsvis bör alltså utgångspunkten vara att en upphandlande myndighet eller enhet bör använda eller anvisa elektroniska medel när det under en pågående upphandling vidtas åtgärder som syftar till informationsöverföring mellan myndigheten eller enheten å ena sidan och en eller flera leverantörer å andra sidan. Ytterst är det dock myndigheten eller enheten som avgör om det i det enskilda fallet finns anledning att använda eller anvisa andra medel än elektroniska för kommunikation i en upphandling.

Skyldigheten i fråga om elektroniska kommunikationsmedel vid inlämning av uppgifter eller dokument

Handlingsfriheten för en upphandlande myndighet eller enhet som följer enligt målsättningen ovan ska begränsas när det gäller kommunikation som innebär att en leverantör lämnar in uppgifter eller dokument till myndigheten eller enheten. Medlen för sådana kommunikation bör i stället väljas med beaktande av en skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att för leverantörer anvisa begagnande av elektroniska medel.

Problemet är dock att det med ledning av upphandlingsdirektiven inte går att uttala sig med någon högre grad av säkerhet om huruvida skyldigheten enligt stycket ovan ska omfatta alla uppgifter eller dokument som en leverantör lämnar in till en myndighet eller enhet eller enbart vissa specifika uppgifter eller dokument. Mer precist kan problemställningen sägas handla om vilka uppgifter eller viljeyttringar som ska lämnas in till eller tillkännages för en myndighet eller enhet med hjälp av elektroniska medel för kommunikation.

Användningen av begreppet elektronisk inlämning ger möjligen ett visst stöd för att skyldigheten bör begränsas till specifika uppgifter och viljeyttringar. Något entydigt svar på vad som ska anses innefattas i begreppet elektronisk inlämning finns dock inte i upphandlingsdirektiven. Huruvida det är tänkt att innefatta uppgifter och viljeyttringar enbart i form av anbud eller även i form av anbudsansökningar framstår som ovisst. Hänvisningen till "kommunikation och informationsutbyte" i den inledande meningen i

artikel 22.1 i LOU-direktivet och i artikel 40.1 i LUF-direktivet ger närmast stöd för det motsatta, nämligen att regleringen tar sikte på alla typer av uppgifter och viljeyttringar som en leverantör lämnar in till eller tillkännager för en myndighet eller enhet.

Med hänsyn till de otydligheter utredningen pekat på i stycket ovan rör det sig vid genomförandet om att föreslå en tillräckligt klar och precis regel i fråga om skyldigheten att använda elektroniska medel vid kommunikation. En sådan regel får dock inte på ett onödigt sätt begränsa myndigheternas, enheternas och leverantörernas möjligheter att i de enskilda fallen välja de mest ändamålsenliga medlen för kommunikation. Mot bakgrund av medlemsstaternas ovan beskrivna handlingsutrymme vid genomförandet av aktuella artiklar, framstår det enligt utredningen trots allt som rimligt att utgå ifrån följande. Alla de uppgifter och viljeyttringar som en leverantör lämnar in till eller tillkännager för en myndighet eller enhet bör omfattas av skyldigheten att begagna elektroniska medel för kommunikation.

Det ovan sagda innebär sammanfattningsvis att en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att dels anvisa elektroniska medel för kommunikation för de uppgifter eller viljeyttringar en leverantör vill lämna in eller ge till känna, dels ta emot sådana uppgifter eller viljeyttringar som lämnas med hjälp av de elektroniska medel som har anvisats. Det saknar därvid betydelse vilken typ av uppgifter eller viljeyttringar det rör sig om. Enligt skyldigheten ska de helt enkelt överföras till myndigheten eller enheten med hjälp av elektroniska medel för kommunikation. Regleringen är dock inte undantagslös. Som framgår nedan utgör skyldigheten en huvudregel som inte kan upprätthållas fullt ut i alla situationer.

Möjligheter att avvika från målsättningen och skyldigheten

Både målsättningen och skyldigheten måste omgärdas av bestämmelser som med hänsyn till såväl leverantörernas som de upphandlande myndigheternas eller enheternas intressen medger avsteg från desamma.

I artikel 22.1 i LOU-direktivet och artikel 40.1 i LUF-direktivet finns bestämmelser som är centrala för frågan om begagnandet av elektroniska medel för kommunikation. Bestämmelserna innehåller allmänna krav på de verktyg och anordningar som erfordras för att

en informationsöverföring ska kunna genomföras med hjälp av elektroniska medel. I leverantörernas perspektiv handlar det för enkelt uttryckt om att en myndighet eller enhet inte ska kunna kräva användning av ett visst elektroniskt medel i en upphandling, om det leder till att leverantörerna i fråga i praktiken utestängs från upphandlingen. På motsvarande sätt är en myndighet eller enhet inte heller skyldig att som mottagare vid en informationsöverföring hålla sig med verktyg eller anordningar som inte uppfyller ovan berörda krav. Det hittills anförda innebär alltså att de verktyg och anordningar som användningen av det valda elektroniska medlet för kommunikation kräver, kan utgöra skäl för att avvika från målsättningen eller för att inte upprätthålla skyldigheten. Om det valda elektroniska medlet ställer krav på begagnande av verktyg eller anordningar som inte uppfyller de allmänna kraven, så ska myndigheten eller enheten inte anvisa just det medlet. Myndigheten eller enheten får i en sådan situation ta ställning till om det finns något annat elektroniskt medel som kan användas. Om det inte finns något sådan alternativ får myndigheten eller enheten anvisa ett annat medel än ett elektroniskt för kommunikationen. Myndigheten eller enheten är inte heller skyldig att ta emot information vars mottagande kräver användning av verktyg eller anordningar som inte uppfyller de allmänna kraven.

Avsteg från målsättningen och skyldigheten ska också kunna göras om det är nödvändigt med hänsyn till informations-säkerheten eller till skyddet av känsliga uppgifter.

En annan sida av den ovan beskrivna problematiken är att en upphandlande myndighet eller enhet i vissa fall måste tillåtas anvisa ett elektroniskt medel som kräver att leverantörerna använder utrustning som inte uppfyller samtliga allmänna krav. Detta följer av artikel 22.4 och 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.4 och 40.5 i LUF-direktivet.

I artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet har närmare preciserats att denna möjlighet endast kan utnyttjas i fråga om kravet allmänt tillgänglig. Någon sådan begränsning gäller inte enligt artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet. Regleringen i artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet skiljer sig vidare i ett betydelsefullt avseende från regleringen i de båda artiklarna i övrigt. Enligt artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet får medlemsstaterna nämligen själva avgöra om bestämmelserna i dessa punkter ska genomföras i den nationella rätten.

Enligt utredningens mening är den närmare betydelsen av artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet svårfångad. Med hänsyn till hur artiklarna har formulerats rör det sig sannolikt om att EU-lagstiftaren önskat framhålla det önskvärda i att såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer inte förhindras att använda en viss närmare angiven elektronisk metod när ett upphandlingsföremål, ett anbud eller ett tävlingsbidrag presenteras. Metoden i fråga har redan omnämnts ovan i form av begreppet byggnadsinformationsmodellering (BIM).

Såvitt utredningen har kunnat erfara finns det ingen egentlig definition av begreppet BIM. Det rör sig i stället om en samlad beskrivning av en metod som används bl.a. i anläggnings- och byggbranschen. Metoden inkluderar begagnandet av diverse programvaror som bl.a. kan användas för att skapa tredimensionella digitala modeller och för att få fram viktig information om bl.a. funktionalitet, prestanda och kostnader under både projekterings- och utförandefasen. (För beskrivning av BIM se webbsidan <http://www.bimalliance.se/>).

Enligt utredningens mening uppnås det som EU-lagstiftaren troligen åsyftat med reglerna som framförallt tar sikte på BIM i allt väsentligt redan genom en tillämpning av artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet. Att man till skillnad från artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet enligt artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet får "vid behov" kräva verktyg eller anordningar som inte uppfyller det allmänna kravet på allmän tillgänglighet utgör enligt utredningen inte något vägande skäl för att genomföra de förra bestämmelserna.

Att tillägget "vid behov" skulle ha någon avgörande betydelse ställer sig utredningen tveksam till. Oavsett om ordvalet "vid behov" bör tillmätas betydelse eller ej, får det antas att det är branschpraxis som avgör. Vid upphandling av byggentreprenadkontrakt och genom projekttävlingar torde det inte finnas något hinder för en upphandlande myndighet eller enhet att anvisa att ett anbud eller ett tävlingsbidrag ska presenteras i en form som medger BIM-baserad hantering hos myndigheten eller enheten. Utredningen anser mot denna bakgrund att det inte finns någon anledning att genomföra artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet. Frågan om en myndighet eller enhet är förhindrad att kräva att ett anbud eller ett tävlingsbidrag ska presenteras i en form som medger BIM-baserad hantering hos myndigheten eller enheten,

får i stället bedömas enligt de bestämmelser som genomför artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet. Sist i detta avsnitt, avsnitt 3.5.3, lämnas ett alternativt författningsförslag för genomförandet av artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet.

Det ovan sagda innebär att frågan om avvikelser från det allmänna kravet på allmänt tillgängliga verktyg och anordningar får bedömas med tillämpning av en och samma regel i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, nämligen de bestämmelser som genomför artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet. Då artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet inte bör genomföras, synes det inte finnas något behov av att upprätthålla distinktionen mellan verktyg och anordningar. De svenska föreskrifterna bör sålunda inte tyngas av båda dessa begrepp. Begreppen kan i stället ersättas med ett och samma, nämligen utrustning.

Förutom de hittills berörda möjligheterna att avvika från målsättningen eller skyldigheten, ska det för viss informationsöverföring också vara tillräckligt med muntlig kommunikation i enlighet med artikel 22.2 i LOU-direktivet och artikel 40.2 i LUF-direktivet.

Krav på hur information hanteras

I likhet med bestämmelserna i nuvarande 9 kap. LOU och LUF bör det också i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna finnas bestämmelser om krav på de verktyg och anordningar som begagnas av en upphandlande myndighet eller enhet för mottagning av elektronisk kommunikation och på hur uppgifter från leverantörer ska behandlas för att bl.a. möjliggöra ett hemlighållande av anbudens innehåll fram till en viss tidpunkt. (Jfr nuvarande 9 kap. 3, 6 och 7 §§ LOU och LUF.)

När det gäller kraven på den utrustning som används för mottagning av elektronisk kommunikation, ser utredningen inte någon anledning att avvika från den i dag vedertagna svenska regleringstekniken i fråga om den normhierarkiska placeringen av bestämmelserna. Vissa av bestämmelserna i ämnet ska alltså i linje med dagens motsvarigheter placeras i de nya lagarna och vissa i förordning.

Såvitt gäller elektroniska signaturer ser utredningen inget behov av att nu förändra de bestämmelser som gäller i dag enligt nuvarande 9 kap. 3 § andra stycket LOU och LUF. När det pågående arbetet med anledning av EU-kommissionens förslag till en ny förordning om elektroniska signaturer har avslutats, kan frågan dock behöva tas upp på nytt. Det innebär alltså att en upphandlande myndighet eller enhet även fortsättningsvis i nuläget får bedömas få eventuella behov av elektroniska signaturer tillgodosett genom möjligheten att kräva begagnandet av avancerade elektroniska signaturer.

Enligt utredningens mening hindrar artikel 22.6 första stycket c och andra stycket i LOU-direktivet och artikel 40.6 första stycket c och andra stycket i LUF-direktivet inte medlemsstaterna att ha en ordning som motsvarar den i stycket närmast ovan. Vad upphandlingsdirektiven föreskriver i dessa delar är i stället att om kvalificerade elektroniska signaturer används, så ska sådana signaturer accepteras om de uppfyller vissa närmare i artiklarna angivna krav.

När en upphandlande myndighet eller enhet tar ställning till hur den elektroniska kommunikationen ska anordnas med hänsyn till behovet av en tillräckligt säker hantering, ska åtgärderna som vidtas vara proportionerliga. Som framgår av artikel 22.6 första stycket b i LOU-direktivet och artikel 40.6 första stycket b i LUF-direktivet ska sådana överväganden göras för varje specifik del i kommunikationen. Den nivå som sedan väljs för varje del ska stå i proportion till de i dessa delar identifierade riskerna.

Sammanfattande slutsatser

Reglerna i artikel 22.1 femte stycket i LOU-direktivet och artikel 40.1 femte stycket i LUF-direktivet bör genomföras genom de bestämmelser som genomför artikel 84 i LOU-direktivet och artikel 100 i LUF-direktivet om individuella rapporter. Artikel 22.7 i LOU-direktivet och artikel 40.7 i LUF-direktivet riktar sig till kommissionen och bör inte föranleda några genomförandeåtgärder från medlemsstaternas sida.

Som framgått kan artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet i övrigt samt bilaga IV till LOU-direktivet och bilaga V till LUF-direktivet genomföras i svensk rätt med i vissa delar endast redaktionella avvikelser och med i övriga delar vissa

anpassningar med ett undantag, nämligen regleringen i artikel 20.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet. Bestämmelserna i fjärde punkten bör nämligen inte genomföras alls.

Bestämmelserna som ska genomföras bör i huvudsak inte genomföras på en lägre normnivå än lag. Vissa av bestämmelserna om krav på den utrustning som används för mottagning av elektronisk kommunikation ska dock meddelas i förordning.

Bestämmelserna om kommunikation bör i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna placeras i kapitlet Kommunikation, information och dokumentation.

Föreskrifterna om krav på den utrustning som används för mottagning av elektronisk kommunikation och som ska meddelas genom förordning bör utformas enligt nedan. (Jfr föreskrifterna om säkerhetsanordningar för utrustning för elektronisk mottagning av handlingar enligt 13 § upphandlingsförordningen [2011:1040]). Frågan om dessa föreskrifter bör gälla även för säkerhetsanordningar enligt lagen [2011:1029] om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet omfattas inte av utredningens uppdrag.

X § Säkerhetsanordningarna enligt 10 § lagen (2016:0000) om offentlig upphandling/lagen (2016:0000) om upphandling inom försörjningssektorerna ska

1. göra det möjligt att få fram en exakt tidpunkt när handlingarna togs emot,
2. inom rimliga gränser säkerställa att ingen har tillgång till de uppgifter som överförts elektroniskt innan angivna tidsfrister för olika åtgärder har löpt ut,
3. säkerställa att endast behöriga personer får fastställa eller ändra datum för öppnande av mottagna handlingar,
4. säkerställa att det finns system som innebär att det går att få del av samtliga eller en del av de insända uppgifterna i en upphandling eller projekttävling bara om de personer som är behöriga agerar samtidigt, och
5. säkerställa att insända uppgifter inte är tillgängliga förrän efter ett bestämt datum för att ta del av uppgifterna.

Förslag till lagtext – ett alternativ för genomförande av artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet

Om artikel 20.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet genomförs i svensk rätt genom särskilda bestämmelser i ämnet trots utredningens bedömning ovan, så kan nedanstående argumentation och förslag utgöra grunden för sådana föreskrifter.

Som konstaterats ovan är betydelsen av regleringen i artikel 20.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet något svår-fångad. En faktor som bidrar till otydligheterna är att regleringen enligt ordalagen inte bara kan läsas som en bestämmelse om kommunikation och informationsöverföring. Den kan enligt utredningen också tolkas som gällande anvisningar om vilken metod en leverantör ska använda, när leverantören utarbetar eller presenterat ett anbud eller ett tävlingsbidrag eller när leverantören under tjänstens eller byggtreprenadens utförande följer upp diverse aspekter av projektets fortskridande.

Mot bakgrund av att bestämmelsen har placerats i artiklarna om kommunikation bör den dock, ordalydelsen till trots, formuleras som en regel som enbart tar sikte på informationsöverföring mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör. Syftet med regleringen bör därvid vara att undanröja eventuella hinder för en myndighet eller enhet att begära att leverantörerna ska lämna in uppgifter eller tillkännage viljeyttringar i ett format som stödjer en BIM-baserad hantering hos myndigheten eller enheten.

Med tanke på att regelverket i fråga medger betydande undantag från samtliga de allmänna kraven på den utrustning som den anvisade överföringsmetoden erfordrar, ställer sig utredningen tveksam till att formulera regeln mer generellt. Enligt utredningens bedömning bör därför regelns tillämpning liksom i stycket ovan begränsas med hjälp av den i artiklarna särskilt omnämnda metoden, BIM. Att artikel 19.4 i LOU-direktivet och artikel 33.4 i LUF-direktivet begränsar sig till ett av leden i beskrivningen utrustning, nämligen verktyg, ändrar inte denna bedömning.

Regelverket, som särskilt bör ta sikte på BIM, kan enligt utredningen utformas enligt nedan och placeras i kapitlet Kommunikation, information och dokumentation i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

X § En upphandlande myndighet/enhet får vid en upphandling av byggtreprenadkontrakt eller genom projekttävling bestämma att leverantörerna ska kommunicera med myndigheten/enheten med hjälp av elektroniska medel som stödjer en användning av byggnadsinformationsmodellering hos myndigheten/enheten.

När myndigheten/enheten bestämmer att ett visst specifikt elektroniskt medel ska användas enligt första stycket, ska myndigheten/enheten enligt 8 § erbjuda leverantörerna lämpliga alternativ för att kommunicera med myndigheten/enheten. Myndighetens/enhetens skyldighet att erbjuda sådana alternativ upphör att gälla när medlet som används för kommunikationen enligt första stycket blir allmänt tillgängligt enligt 3 §.

3.6 Intressekonflikter

3.6.1 Nuvarande ordning

Inget av de förfarandedirektiv som beslutats sedan de som låg till grund för 1992 års LOU har innehållit några uttryckliga regler om intressekonflikter. Varken denna eller de senare lagarna om upphandling har därför innehållit särskilda regler om detta.

Upphandlingsförordningen och upphandlingsreglementet

I den tidigare gällande upphandlingsförordningen, den senaste från år 1986 (SFS 1986:366), fanns regler som riktades till den upphandlande myndigheten. Där sades bl.a. att myndigheten inte fick anta ett anbud om det lämnats av en arbetstagare eller uppdragstagare hos myndigheten. Det var alltså fråga om en ovillkorlig regel. Men förordningen medgav också ett bedömningsutrymme för myndigheten i andra fall. Myndigheten fick alltså själv avgöra om anbud skulle antas om det lämnats av någon annan arbets- eller uppdragstagare eller om anbudsgivaren på hans vägnar lämnat, utlovat eller erbjudit gåva eller otillbörlig förmån till handläggande tjänsteman. Motsvarande regler fanns i det kommunala upphandlingsreglementet.

I brist på motsvarande regler i de direktiv som låg till grund för 1992 års LOU infördes inte några regler av detta slag över huvud taget. Det får antas att det bedömdes att situationerna i fråga skulle kunna falla in under de allmänna principerna för offentlig upphandling och/eller att det i varje fall skulle strida mot affärsmässigheten att beakta anbud som på angivet sätt kunde misstänkas inte vara korrekta eller snedvridda konkurrensen.

Nuvarande LOU och LUF

Med tiden uppkom emellertid frågor kring detta. Under beredningen av 2007 års upphandlingslagar ställde Lagrådet frågor om tillämpningen av förvaltningslagen (1986:223). Lagrådet anförde därvid (prop. 2006/07:128, bilaga 14, s. 598) att klart var att upphandling inte är en fråga om myndighetsutövning och att de bestämmelser i förvaltningslagen som endast gäller vid myndighetsutövning inte är tillämpliga i upphandlingsärenden. Däremot kunde enligt Lagrådet vissa andra bestämmelser i förvaltningslagen, i den mån

förfarandet inte regleras i upphandlingsförfattningarna, vara tillämpliga i ett upphandlingsärende hos en myndighet. Detta gäller t.ex. förvaltningslagens bestämmelser om jäv. Lagrådet ansåg att det borde klargöras i vad mån förvaltningslagens bestämmelser var tillämpliga i ett upphandlingsförfarande hos en myndighet och om motsvarande bestämmelser borde gälla också för en upphandlande enhet som inte var en myndighet.

Regeringen svarade på Lagrådets synpunkter enligt följande (a. prop., s. 142–143).

Regler om förfarandet vid handläggning av ärenden hos myndigheter finns i förvaltningslagen (1986:223). Reglerna syftar till att garantera rättssäkerheten inom förvaltningen och att underlätta för den enskilde att ha med myndigheterna att göra. Flera av reglerna tar i första hand sikte på handläggningen av ärenden som avser myndighetsutövning mot enskilda. Begreppet myndighetsutövning, i den mening som avses i förvaltningslagen, omfattar endast ärenden där saken avgörs ensidigt genom beslut av myndigheten. Begreppet kan därmed inte omfatta ärenden som avgörs genom att myndigheten träffar avtal med en enskild. Ärenden rörande offentlig upphandling omfattas således inte av de bestämmelser i förvaltningslagen som enbart gäller handläggning av ärenden som avser myndighetsutövning. Förvaltningslagen gäller bl.a. förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden. Utanför lagens tillämpningsområde faller däremot organ som inte utgör myndigheter. Detta begrepp har i förvaltningslagen samma innebörd som i regeringsformen. Det innebär att lagen inte är tillämplig på bolag och andra organ som är organiserade i privaträttsliga former. Sådana organ är inte myndigheter, även om de har anförtratts offentliga förvaltningsuppgifter eller till och med myndighetsutövning (jfr prop. 1985/86:80 s. 57).

Lagrådet har ansett att det bör klargöras i vad mån förvaltningslagens bestämmelser är tillämpliga i ett upphandlingsförfarande hos en myndighet och om motsvarande bestämmelser bör gälla också för en upphandlande enhet som inte är myndighet.

De bestämmelser i förvaltningslagen som är tillämpliga oavsett om ärendet avser myndighetsutövning eller inte är bl.a. bestämmelserna om myndigheternas serviceskyldighet (4 och 5 §§), inkommande handlingar (10 §), jäv (11 och 12 §§) samt rättelse av skrivfel och liknande (26 §). I ett ärende rörande offentlig upphandling, som utgör ett civilrättsligt förhållande, kan emellertid bestämmelserna om serviceskyldighet eller rättelse i beslut av skrivfel inte vara aktuella att tillämpa. Däremot kan bestämmelserna om inkommande handlingar och jäv aktualiseras i vissa fall.

Regeringen kan således instämma i Lagrådets uppfattning att vissa bestämmelser i förvaltningslagen, i den mån förfarandet inte regleras i upphandlingsförfattningarna, är tillämpliga i ett upphandlingsärende hos en myndighet. De bestämmelser som kan komma i fråga är

emellertid få. Enligt regeringens mening bör därför inte regler tas in i upphandlingsförfattningarna, av innebörd att bestämmelser i förvaltningslagen även skall göras tillämpliga hos en upphandlande enhet som inte är myndighet.

Här anges alltså att regeringen har uppfattningen att förvaltningslagens regler om bl.a. jäv är tillämpliga också i upphandlingsärenden, men att det inte fanns skäl att i upphandlingsförfattningarna ta in regler av innebörd att bestämmelser i förvaltningslagen skulle göras tillämpliga.

EU-domstolen

Det ännu ledande avgörandet från EU-domstolen som ligger nära jävsfrågor är domen i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*. Där var omständigheterna i korthet att det i den nationella rätten fanns en bestämmelse som innebar att personer med ansvar för forskning m.m. beträffande bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster inte fick vara aktör i en offentlig upphandling av sådana. EU-domstolen fann att en sådan bestämmelse gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå målet avseende likabehandling, eftersom en person som utfört ett förberedande arbete inte fått möjlighet att i det enskilda fallet visa att han inte fått några otillbörliga fördelar av sitt arbete.

Avgörandet kom alltså inte att specifikt handla om just jäv eller intressekonflikter, men ger ändå vid handen att en sådan situation som den som förelåg i målen i och för sig kan klassificeras som jävsgrundande, men att en intressekonflikt inte fick presumeras. I stället skulle den som deltagit i myndighetens förberedande arbete få tillfälle att själv visa att han inte fått någon fördel av detta.

3.6.2 2014 års upphandlingsdirektiv

I LOU-direktivet anges allmänt hållna bestämmelser om intressekonflikter i artikel 24. Av skäl 16 i LOU-direktivet framgår endast att upphandlande myndigheter bör utnyttja alla medel som står till deras förfogande enligt nationell rätt för att förhindra att snedvridningar uppstår i offentliga upphandlingsförfaranden till följd av intressekonflikter. Detta kan inbegripa att lägga fast förfaranden för att upptäcka, förhindra och avhjälpa intressekonflikter.

Detta uttryckssätt återkommer i stort sett ordagrant i artikeln men har där tillförts ytterligare moment. Där sägs i första stycket att medlemsstaterna ska se till att upphandlande myndigheter vidtar lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter ”som uppstår under genomförandet av upphandlingsförfarandena” i syfte att undvika snedvridning i konkurrensen och säkerställa lika behandling av alla ekonomiska aktörer.

I artikelns andra stycke anges vad som kan sägas vara en minimi-definition av begreppet intressekonflikt. Där sägs att begreppet ska minst omfatta situationer där sådan personal hos den upphandlande myndigheten eller en leverantör av upphandlingstjänster som agerar på den upphandlande myndighetens vägnar, som deltar i genomförandet av upphandlingsförfarandet eller kan påverka resultatet av förfarandet direkt eller indirekt, har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för opartiskheten och oavhängigheten under förfarandet.

Motsvarande skäl och artikel finns i LUF-direktivet, skäl 26 och artikel 42.

3.6.3 Överväganden

Utredningens bedömning: Bestämmelserna om intressekonflikter i artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Skälen för utredningens bedömning

Situationen är alltså den att det tidigt har funnits uttryckliga regler till förebyggande av intressekonflikter, nämligen i den statliga upphandlingsförordningen och det kommunala upphandlingsreglementet. I upphandlingsdirektiven har det däremot saknats sådana artiklar. Varken tidigare eller nu gällande nationella upphandlingslagar har därför tillförts regler som avser intressekonflikter. Regeringen har dock uttryckt uppfattningen att förvaltningslagens regler om bl.a. jäv är tillämpliga i en myndighets hantering av upphandlingsärenden och har därför inte sett det behov Lagrådet

antydde, nämligen av att komplettera upphandlingsförfattningarna med bl.a. regler som motsvarar förvaltningslagens regler om jäv.

En jämförelse mellan bestämmelserna i LOU-direktivet och LUF-direktivet och förvaltningslagens regler visar att det finns vissa skillnader. Medan artikeln tar sikte på intressekonflikter av specifik art – finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse – tar förvaltningslagens regler ett bredare grepp. Där är det fråga om sakägarjäv, intressejäv, släktskapsjäv, ställföreträdarjäv, tvåinstansjäv, ombuds- och biträdesjäv. Dessa olika slags jävsgrunder är redovisade och utförligt diskuterade i betänkandet En ny förvaltningslag, SOU 2010:29, avsnitt 16.2. Där diskuteras även verkan av jäv. Det finns därför inte någon anledning att här närmare redogöra för jävsgrunderna och verkan av jäv.

Det kan i stället räcka med att konstatera att de nu angivna jävsgrunderna finns i 11 § förvaltningslagen och reglerna om verkan av jäv i 12 § samma lag.

Det kan vidare antecknas att det i svensk rätt inte finns det slags presumptionsregler som var aktuella i EU-domstolens mål *Fabricom*.

Det framgår redan av den kortfattade redovisning som nu gjorts att förvaltningslagens regler med råge täcker de situationer som enligt direktiven anses ligga inom området för otillåtna intressekonflikter. Därför uppkommer frågan om bestämmelserna i artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet behöver återfinnas i den kommande nationella regleringen av upphandling.

Det är utredningens uppfattning att så inte är fallet. Det finns flera anledningar till detta. Den första anledningen är att förvaltningslagens regler är tillämpliga på upphandlingsärenden och att den lagens regler till förebyggande av jäv är mer omfattande än vad som tydligt framgår av direktivtexterna. Det skulle alltså vara olyckligt att begränsa utrymmet för att anse att intressekonflikter föreligger till endast vad som anges i artiklarna i fråga. Den andra anledningen är att, oavsett artiklarna och oavsett förvaltningslagens bestämmelser, varje upphandlande myndighet har att iaktta de allmänna principerna för upphandling. Dessa härleds ur EUF-fördraget och sammanfattas i nuvarande 1 kap. 9 § LOU och i 1 kap. 24 § LUF (se även avsnitt 3.2). Dessa principer, främst likabehandlingsprincipen, innefattar bl.a. ett förbud mot att ta ovidkommande hänsyn. De intressekonflikter som förutses i artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet och i förvaltningslagens jävsgrunder utgör just ovidkommande hänsyn.

Vidare skulle det vara olyckligt om jävsfrågor skulle regleras annorlunda just beträffande upphandling än vad som i övrigt gäller – och har gällt under lång tid – med stöd av förvaltningslagens jävsregler. Därtill kommer att de jävsgrunder i förvaltningslagen som anses tillämpliga även i upphandlingsärenden är tydligare, mer precisa och av högre täckningsgrad än de allmänt hållna uttryckssätten i direktiven. Skyddet mot ovidkommande hänsyn enligt förvaltningslagens bestämmelser om jäv kompletteras också genom mutbrottslagstiftningen.

För övrigt bör det noteras att artikel 41 i LUF-direktivet enligt dess ordalydelse endast tar sikte på upphandlande myndigheter. Artikel 41 om intressekonflikter i LUF-direktivet ställer sålunda inte några krav på hur upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter hanterar nu aktuella frågor (jfr dock vad som sagts ovan beträffande de allmänna principerna).

Avslutningsvis bör begreppet ”leverantör av upphandlingstjänster” i artikel 24.2 i LOU-direktivet och artikel 42.2 i LUF-direktivet beröras. Begreppet bör enligt utredningens mening inte medföra något ändrat ställningstagande i frågan om förvaltningslagens jävsbestämmelser är tillräckliga för att genomföra artikeln. Att en upphandlande myndighet upphandlar med hjälp av en leverantör av upphandlingstjänster fråntar nämligen inte myndigheten dess ansvar att agera i enlighet med förvaltningslagens jävsbestämmelser. Också förhållanden hos leverantören av upphandlingstjänsten som är jävsgrunder enligt förvaltningslagen torde aktivera en skyldighet för myndigheten att agera för att undanröja jävets skadliga effekter. Även om den eller de personer som tillhandahåller tjänsten i formell mening inte faller in under begreppet ”den som skall handlägga ett ärende” (11 § förvaltningslagen), torde det av såväl regeringsformens krav på opartiskhet som de allmänna principerna följa att myndigheten inte kan underlåta att agera (för ett liknande resonemang se JO 1990/91 s. 224).

4 Förfarandena

4.1 Inledning

I kapitlet om förfarandena i 2014 års upphandlingsdirektiv finns bestämmelser som rör ett av de områden som omfattas av utredningens uppdrag. Dessa bestämmelser reglerar innovationspartnerskap (artikel 31 i LOU-direktivet och artikel 49 i LUF-direktivet).

4.2 Innovationspartnerskap

4.2.1 Nuvarande ordning

Förkommersiell upphandling

När det gäller innovationer och offentlig upphandling är de särskilda undantagen enligt nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna av intresse. Av nuvarande 1 kap. 6 § första stycket 6 LOU och 1 kap. 19 § första stycket 5 LUF framgår att forsknings- och utvecklingstjänster är undantagna från tillämpningsområdena för båda lagarna. Undantagen för forsknings- och utvecklingstjänster gäller dock inte för sådana tjänster vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet eller enhet i den egna verksamheten och betalas av myndigheten eller enheten. Genom nämnda bestämmelser genomfördes artikel 16 f i 2004 års LOU-direktiv och artikel 24 e i 2004 års LUF-direktiv.

Regelverket medger således att en upphandling av utveckling av en innovativ lösning görs utanför tillämpningsområdena för 2004 års upphandlingsdirektiv och nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Upphandlingen tar sikte på själva tjänsten att utveckla lösningen, s.k. förkommersiell upphandling. När det sedan gäller upphand-

lingen av den produkt som har utvecklats genom den förkommersiella upphandlingen, blir däremot upphandlingsdirektiven och nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna tillämpliga. Upphandlingsdirektiven, nämnda lagar hindrar inte att även den förkommersiella fasen blir föremål för dessa regelverks bestämmelser. Så kan exempelvis bli fallet om upphandlingsföremålet definieras utifrån den funktion som efterfrågas och upphandlingen genomförs enligt bestämmelserna om upphandlat förfarande med föregående annonsering eller om konkurrenspräglad dialog.

I kommissionens meddelande, KOM(2007) 799 slutlig, utvecklar kommissionen sin syn på förkommersiell upphandling. Kommissionen framhåller bl.a. betydelsen av att riskerna och fördelarna med forskning och utveckling delas mellan upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer. Enligt meddelandet erfordras att risker och fördelar vid en förkommersiell upphandling allokeras på marknadsmässiga villkor. En av fördelarna som kan behöva distribueras mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantörerna är de immateriella rättigheterna i fråga om den produkt som ska utvecklas. Om det inte sker en fördelning av risker och fördelar på marknadsmässiga villkor, kan förfarandet komma att anses innefatta moment av statligt stöd.

I figur 1 och figur 2 i kommissionens meddelande beskrivs processen att utveckla en innovation och den efterföljande introduktionen av innovationen på marknaden. Processen i dess helhet benämns i figurerna som en typisk livscykel för produktinnovation. Den första delen, som sålunda faller utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområden, beskrivs som förkommersiell upphandling. Den andra delen, som omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområden, beskrivs som offentlig upphandling för kommersiellt införande.

Den första delen, förkommersiell upphandling, är i figurerna uppdelade i fyra faser: *fas 0*, forskning driven av kunskapstörst; *fas 1*, undersökning av lösningar; *fas 2*, prototyper; *fas 3*, ursprunglig utveckling av en begränsad första serie produkter/tjänster i form av en testserie. I figurerna beskrivs vidare resultatet av varje fas: *fas 0* resulterar i en *produktidé*, *fas 1* resulterar i ett *utkast till lösning*, *fas 2* resulterar i en *prototyp* och *fas 3* resulterar i de *första testprodukterna*.

Den andra delen, offentlig upphandling för kommersiellt införande, består endast av en fas, nämligen *fas 4*, kommersial-

isering av produkter/tjänster (kommersiell utveckling). Fasen resulterar i *kommersiella slutprodukter*.

Utöver det som har beskrivits ovan, bör även den utredning nämnas som särskilt övervägde hur förkommersiell upphandling borde hanteras i svensk rätt. Denna utredning, Innovationsupphandlingsutredningen, lämnade i sitt betänkande, SOU 2010:56, ett förslag till en lag om förkommersiell upphandling. Även om förslaget till en sådan särskild lag inte har genomförts, är utredningens överväganden av intresse. Utredningens uppdrag avsåg också möjligheterna att tillgodose innovativa ansatser inom ramen för upphandling enligt nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, s.k. innovationsvänlig upphandling. (Se SOU 2010:56 s. 145–146.)

Innovationsupphandlingsutredningen beskrev den förkommersiella upphandlingen som bestående av vanligtvis tre faser: *fas 1*, förstudie, *fas 2*, prototypfasen, och *fas 3*, testserie. Syftet med den tredje och sista fasen angavs av utredningen vara att prova om prototypen fungerar på avsett sätt och att säkra kvaliteten. Utredningen framhöll att en upphandling inte nödvändigtvis skulle innehålla samtliga faser utan att en upphandlande myndighet eller enhet i stället med utgångspunkt från det behov som upphandlingen skulle tillgodose fick bedöma från fall till fall vilka faser som borde ingå. (Se SOU 2010:56 s. 206–207; jfr även VINNOVAs rapport, VR 2013:09; Förkommersiell upphandling En handbok för att genomföra FoU-upphandlingar.)

Enligt det system som utredningen föreslog (SOU 2010:56 s. 207), skulle en upphandlande myndighet eller enhet efter varje avslutad fas kunna göra ett urval och besluta om vilka leverantörer som skulle få fortsätta att delta i nästkommande fas. Av lagförslaget, 12 § (s. 45), följde att det av förfrågningsunderlaget skulle framgå hur den upphandlande myndigheten eller enheten avsåg att förfara i fråga om urvalet av leverantörer i de olika faserna. Enligt 14 § i lagförslaget (s. 45) fick myndigheten eller enheten förhandla med leverantörerna inför bedömningen av dels leverantörernas ansökan om att få delta i upphandlingen, dels varje fas av förfarandet. I övervägandena uttryckte utredningen (s. 211) det på det sättet att en myndighet eller enhet fick förhandla med leverantörerna i alla faser av den förkommersiella upphandlingen.

Ordningen som utredningen föreslog (SOU 2010:56 s. 213) innebar att kontrakt skulle tecknas efter att leverantörernas ansökningar hade lämnats in men före den första fasens inledande.

Ett urvalsbeslut inför en fas skulle enligt utredningen (s. 214) inte kunna överprövas. Detta skulle enligt utredningen gälla även om beslutet innebar att ett samarbete med en leverantör avbröts (s. 215).

Upphandling av innovativa lösningar enligt nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

Det finns varken i 2004 års upphandlingsdirektiv eller i det svenska upphandlingsregelverket några förfaranden som exklusivt tar sikte på upphandling av innovativa lösningar. Detta innebär dock inte att det inte finns förfaranden som typiskt sett lämpar sig väl för sådana upphandlingar. De förfaranden som ligger närmast till hands när innovativa lösningar ska upphandlas och som bör beröras i detta sammanhang är förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog.

Genom bestämmelserna om *förhandlat förfarande med föregående annonsering* enligt nuvarande 4 kap. 2–4 §§ LOU genomfördes bl.a. artikel 30 i 2004 års LOU-direktiv (se prop. 2006/07:128 s. 322–327). I artikel 30.4 i direktivet finns en bestämmelse som medger att förfarandet äger rum i successiva steg för att minska antalet anbud att förhandla om. Minskningen av antalet anbud ska enligt fjärde punkten i artikeln göras med tillämpning av de tilldelningskriterier som har angetts i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. För att ordningen med successiva steg ska kunna tillämpas erfordras vidare enligt punkten att det har angetts i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, att denna möjlighet kommer att utnyttjas.

Bestämmelserna i artikel 30.4 i 2004 års LOU-direktiv genomfördes genom nuvarande 4 kap. 4 § LOU. I författningskommentaren till paragrafen anförde regeringen följande beträffande de successiva stegen.

Möjligheten till successiva steg vid förhandlat förfarande har tidigare tillämpats utan lagstöd. Mot denna bakgrund bör bestämmelsen i artikeln införas i den nya lagen. De kriterier som skall användas i förfarandet för att minska antalet anbud skall annonseras. Därmed beaktas principen om öppenhet. Att förhandlingen får ske i successiva steg innebär att leverantörer kan utestängas från den pågående förhandlingen utan att ha haft möjlighet att lämna ett slutligt anbud.

Det innebär exempelvis att den upphandlande myndigheten i en inledande fas förhandlar fram en teknisk lösning för föremålet för upphandlingen. Om myndigheten i förhandlingarna kommer fram till att vissa leverantörers lösningar inte kan ligga till grund för slutliga anbud vid en prövning mot de i annonsen förutskickade kriterierna ger bestämmelsen möjlighet för myndigheten att utestänga dem från vidare förhandlingar. Det förutsätter naturligtvis att myndigheten har tillräckligt underlag för att bedöma att vidare förhandlingar med leverantören inte kan leda fram till ett vinnande slutligt anbud från leverantören i fråga.

Reglerna om *konkurrenspräglad dialog* i artikel 29 i 2004 års LOU-direktiv genomfördes genom nuvarande 4 kap. 10–21 §§ LOU. I förarbetena anförde regeringen (prop. 2009/10:180 s. 233) att syftet med förfarandet var att en upphandlande myndighet med hjälp av dialoger med olika potentiella leverantörer skulle kunna identifiera och definiera hur myndighetens behov bäst skulle kunna tillgodoses, när detta från början inte var klarlagt för myndigheten. Regeringen framhöll vidare att det var fråga om dialoger som var och en skulle föras individuellt mellan myndigheten och varje enskild deltagande leverantör.

När det gällde genomförandet av bestämmelserna om successiva steg i en konkurrenspräglad dialog anförde regeringen följande (prop. 2009/10:180 s. 234).

Om den upphandlande myndigheten avser att genomföra dialogen i successiva steg, ska det anges i annonsen eller det beskrivande dokumentet. När det gäller genomförande av en dialog i successiva steg är det förslag på lösningar och inte leverantörer som ska väljas bort under dialogfasen. Om en leverantör har lämnat flera förslag till olika lösningar är denne således kvar i dialogen så länge inte samtliga av den leverantören lämnade lösningar har uteslutits.”

Av lagtexten framgår vidare att förfarandet konkurrenspräglad dialog ska delas upp i två olika moment som ska hållas åtskilda. Det *första momentet* består av dialogerna med de olika leverantörerna. Under pågående dialog får enligt författningskommentaren till nuvarande 4 kap. 16 § LOU (prop. 2009/10:180 s. 325) alla aspekter av kontraktet diskuteras. Detta är, som framgår nedan, inte möjligt när det första momentet är avslutat. När en upphandlande myndighet har kommit till den punkt i dialogerna att den har identifierat och definierat de lösningar som tillgodoser myndighetens behov, ska den enligt nuvarande 4 kap. 15 § LOU förklara dialogen avslutad. Genom denna åtgärd avslutas det första momentet.

Det *andra moment* inleds härefter med att myndigheten enligt nuvarande 4 kap. 16 § LOU uppmanar de deltagande leverantörerna att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under förfarandets första moment. Det är inte tillåtet att förhandla om anbuden. Däremot kan de enligt nuvarande 4 kap. 17 § LOU klarläggas eller preciseras. Det finns även en möjlighet att enligt nuvarande 4 kap. 20 § LOU precisera vissa aspekter eller bekräfta åtaganden i det anbud som har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Bestämmelserna enligt nuvarande 4 kap. 21 § LOU, medger att en upphandlande myndighet bestämmer att det ska utgå priser eller betalning till de leverantörer som har deltagit i förfarandet.

I fråga om den särskilda sekretessbestämmelsen i artikel 29.3 tredje stycket i 2004 års LOU-direktiv bedömde regeringen (prop. 2009/10:180 s. 242) att nödvändig reglering fanns i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Enligt nämnda stycke i artikeln får den upphandlande myndigheten inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke.

Motsvarigheterna till förfarandena enligt artiklarna 29 och 30 i 2004 års LOU-direktiv finns i artiklarna 27 och 28 i LOU-direktivet.

4.2.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Skälen

I 2014 års upphandlingsdirektiv framhålls vikten av att upphandlande myndigheter och enheter främjar innovationer (skäl 47 i LOU-direktivet och skäl 57 i LUF-direktivet). Flera av direktivens bestämmelser har också direkt utformats med ett sådant främjande i åtanke. Reglerna beträffande förfarandet innovationspartnerskap tillhör denna grupp av bestämmelser (artikel 31 i LOU-direktivet och artikel 49 i LUF-direktivet).

Innovationspartnerskap är enligt skälen (skäl 49 i LOU-direktivet och skäl 59 i LUF-direktivet) ett särskilt förfarande som ska tillgodose ett behov av att utveckla en innovativ vara, tjänst eller byggentreprenad och därefter köpa denna. Enligt skälen handlar det om långsiktiga partnerskap som inte erfordrar något separat upphandlingsförfarande för den utvecklade varan, tjänsten eller

byggentreprenaden. I skälen framhålls att en upphandlande myndighet eller enhet inte bör använda förfarandet innovationspartnerskap på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. För att undvika sådana effekter kan det enligt skälen i vissa fall finnas anledning att upprätta partnerskap med flera partner.

Även om reglerna om innovationspartnerskap och flera av upphandlingsdirektivens bestämmelser i övrigt har utformats för att främja utvecklingen av innovationer, så är alltså de modeller aktuella som har utvecklats för upphandling av innovationer som faller utanför direktivens tillämpningsområden. I skälen (skäl 47 i LOU-direktivet och skäl 57 i LUF-direktivet) hänvisas därför till kommissionens meddelande om förkommersiell upphandling, KOM(2007) 799 slutlig. Under vilka förutsättningar forsknings- och utvecklingstjänster är undantagna från tillämpningsområdena för 2014 års upphandlingsdirektiv framgår av artikel 14 i LOU-direktivet och artikel 32 i LUF-direktivet.

Artiklarna

I artikel 2.1.22 i LOU-direktivet och artikel 2.18 i LUF-direktivet i avsnitten om syfte och definitioner finns en definition av begreppet innovation. Av artiklarna framgår att innovationsbegreppet innehåller två huvudmoment.

Det *första momentet* kan sägas rikta in sig på innovationsgraden. Denna uttrycks på det sättet, att det som upphandlas ska vara en ny eller väsentligt förbättrad produkt.

Det *andra momentet* tar sikte på vilka produkter som i direktivens mening kan vara innovationer. Med utgångspunkt från artiklarnas ordalydelser tycks kravet på innovationsgrad för de beskrivna produkterna variera. För varor, tjänster och processer gäller att de ska vara nya eller väsentligt förändrade. Vad gäller de mer konkretiserade produkterna i uppräkningsdelen i definitionsartiklarna, anges endast att de ska vara nya. Innovationsgraden väsentligt förändrad nämns således inte i anslutning till dessa produkter.

Bestämmelser om beräkningsmetoder av värdet av en upphandling finns i upphandlingsdirektivens avsnitt om tröskelvärden. För innovationspartnerskapets del återfinns de särskilda bestämmelserna i ämnet i artikel 5.6 i LOU-direktivet och artikel 16.6 i LUF-direktivet.

Innovationspartnerskap är ett av de förfaranden som räknas upp i upphandlingsdirektivens kapitel om förfarandena. Av artikel 26.3 i LOU-direktivet och artikel 44.3 andra stycket i LUF-direktivet framgår att innovationspartnerskap tillhör de förfaranden vars bestämmelser *ska* genomföras av medlemsstaterna.

De särskilda reglerna om förfarandet innovationspartnerskap finns i artikel 31 i LOU-direktivet och artikel 49 i LUF-direktivet. Artiklarna skiljer sig åt på några punkter vilket ska kommenteras kort i de två närmaste styckena nedan.

För det första finns det några ytliga skillnader artiklarna emellan. I artikel 49.1 första stycket i LUF-direktivet hänvisas till artikel 44.4 b och c i LUF-direktivet som i sin tur hänvisar till vissa av bestämmelserna om offentlighöörande och öppenhet i samma direktiv. De senare bestämmelserna återfinns i artiklarna 68 och 69 i LUF-direktivet. Innebörden av hänvisningarna är bl.a. att de allmänna bestämmelserna om offentlighöörande och öppenhet enligt artikel 71 i LUF-direktivet och tillämpliga bilagor till LUF-direktivet också gäller för förfarandet innovationspartnerskap. Resultatet av regleringen i artikel 31 i LOU-direktivet i detta hänseende blir dock detsamma. Även för innovationspartnerskap enligt LOU-direktivet gäller de allmänna bestämmelserna om offentlighöörande och öppenhet enligt bl.a. artikel 49 i LOU-direktivet och tillämpliga bilagor till LOU-direktivet. Detsamma kan anses gälla för hänvisningarna i fjärde stycket i första punkten i båda artiklarna till bestämmelserna om dels begränsning av antalet i övrigt kvalificerade anbudssökande som tillåts delta i förfarandet (artikel 65 i LOU-direktivet och artikel 78.2 i LUF-direktivet), dels tilldelning av kontrakt (artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82.2 i LUF-direktivet). Även på dessa områden gäller sålunda direktivens allmänna bestämmelser i fråga.

När det gäller tidsfrister för att sända in anbudsansökninöar finns det *för det andra* vissa materiella skillnader direktiven emellan. Både artikel 31.1 fjärde stycket i LOU-direktivet och artikel 49.1 fjärde stycket i LUF-direktivet föreskriver att det ska anges en minimitid inom vilken anbudsansökninöar ska tas emot. Denna frist får enligt bestämmelsen i LOU-direktivet inte vara kortare än 30 dagar räknat från den dag meddelandet om upphandling sändes iväg. Motsvarande frist enligt LUF-direktivet bör vara 30 dagar men får aldrig vara kortare än 15 dagar. Denna möjlighet att avvika från kravet på 30 dagar återfinns alltså inte i LOU-direktivet.

Med det ovan sagda beträffande skillnaderna mellan artikel 31 i LOU-direktivet och artikel 49 i LUF-direktivet, kan artiklarnas punkter härefter behandlas samlat i det följande.

I *första punkten* finns bestämmelser som närmast inriktar sig på vissa moment i samband med att förfarandet inleds.

Av punktens första stycke framgår att en leverantör för deltagande i förfarandet ska lämna in en ansökan med de upplysningar som krävs för urvalsförfarandet och som den upphandlande myndigheten eller enheten har begärt.

I andra stycket i första punkten preciseras det som myndigheten eller enheten ska ange i meddelandet om upphandling. Enligt stycket ska behovet av den innovativa produkten identifieras. I punkten uttrycks det på det sättet att myndigheten/enheten ska "identifiera behovet av en innovativ vara, tjänst eller byggtreprenad". Det handlar alltså om att identifiera behovet av en innovativ vara, tjänst eller byggtreprenad. Möjligen framstår detta dock som en utvidgning i förhållande till hur begreppet innovationer har definierats enligt artikel 2.1.22 i LOU-direktivet och artikel 2.18 i LUF-direktivet. Byggtreprenad nämns inte över huvud taget i definitionsartiklarna i LOU-direktivet och i LUF-direktivet.

Efter den i stycket ovan beskrivna uppräkningsen följer i samma mening i andra stycket en redogörelse av innovationsgraden. Det uttrycks på det sättet att det ska röra sig om ett behov som inte kan tillgodoses genom inköp av något som redan finns tillgängligt på marknaden. Detta uttryck för innovationsgraden i artikel 31 i LOU-direktivet och artikel 49 i LUF-direktivet bör läsas tillsammans med hur innovationsgraden uttrycks i definitionsartiklarna i LOU-direktivet och i LUF-direktivet.

Andra stycket i första punkten avslutas med föreskrifter om att myndigheten eller enheten dels ska fastställa vilka minimikrav som varje anbud ska uppfylla, dels ska lämna tillräckligt precis information för att leverantörerna ska kunna ta ställning till om de ska ansöka om att delta i förfarandet.

Första punkten avslutas med två stycken som innehåller bestämmelser om att ett innovationspartnerskap får upprättas med en eller flera partner och om tidsfrister för anbudsansökningar. En partner ska för att kunna ingå i ett partnerskap bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet. Med anbudsansökningar avses ansökningar enligt första stycket i första punkten.

Reglerna i *andra punkten* beskriver syftet med ett innovationspartnerskap och hur förfarandet ska genomföras i successiva etapper.

Av bestämmelserna om syftet framgår särdragen i ett innovationspartnerskap. Enlig dessa bestämmelser rör det sig om att binda samman utvecklingen av en innovativ vara, tjänst eller bygg-entreprenad med ett efterföljande inköp av det som har utvecklats.

Uppdelningen av förfarandet i successiva etapper tycks enligt regleringen i punkten framförallt vara motiverat av att förfarandet ska följa stegen i forsknings- och innovationsprocessen. De successiva etapperna kan dock också inkludera den del av förfarandet när det som har utvecklats ska köpas in. Utöver kravet på successiva etapper anges även att innovationspartnerskapet ska ha delmål, ”mellanliggande mål”, som parterna ska uppfylla och föreskrifter om utbetalning av ersättning i lämpliga delar.

I punktens sista stycke knyts kraven på successiva etapper och på delmål samman. Efter varje avslutad etapp ska myndigheten eller enheten på grundval av tillämpligt delmål ta ställning till om partnerskapet ska avslutas eller, i förekommande fall, om antalet partner i partnerskapet ska minskas. Ordningen förutsätter att det i upphandlingsdokumenten har angetts att så kan bli fallet och under vilka villkor åtgärderna kan vidtas.

De anbud som lämnas in under ett innovationspartnerskap ska som regel bli föremål för förhandlingar enligt *tredje punkten*. Som framgår förutsätter regleringen att det finns ett anbud att förhandla om. Det är dock något oklart vid vilken tidpunkt ett i upphandlingsdirektivens mening förhandlingsbart ursprungligt eller efterföljande anbud kan lämnas in under ett innovationspartnerskap. Något förenklat rör oklarheterna frågan om det redan under en utvecklingsfas successiva etapper kan föras förhandlingar. När det gäller frågan om vid vilken tidpunkt ett anbud lämnas i ett innovationspartnerskap, kan det noteras att bestämmelserna i artikel 54.1 första stycket i LOU-direktivet förutsätter att utvalda leverantörer samtidigt bjuds in att lämna anbud. I artikel 74.1 första stycket i LUF-direktivet anges dock att utvalda leverantörer samtidigt ska bjudas in att lämna anbud eller att ”förhandla”.

Det anges vidare i tredje punkten att minimikraven och tilldelningskriterierna inte kan bli föremål för förhandling.

Bestämmelserna om hur en förhandling i övrigt bör te sig regleras i *fjärde och femte punkten*. Dessa regler i både LOU-direktivet och LUF-direktivet är likalydande med de som gäller för vissa delar i ett förhandlat förfarande under konkurrens enligt artikel 29 i LOU-direktivet, närmare bestämt artikel 29.4 och 29.5 i LOU-direktivet. Några sådana direkta motsvarigheter finns inte i LUF-direktivet.

I *sjätte punkten* framhålls att en upphandlande myndighet eller enhet särskilt ska använda vissa specifika urvalskriterier, nämligen en leverantörs kapacitet dels inom området forskning och utveckling, dels i fråga om att utveckla och genomföra innovativa lösningar. I punkten erinras vidare om att en leverantör endast efter inbjudan får lämna in en beskrivning av forsknings- och innovationsprojektet.

Det sista stycket i sjätte punkten föreskriver dels att immaterialrättsliga frågor ska regleras i upphandlingsdokumenten, dels att det ska gälla sekretess för vissa av uppgifterna.

När det gäller ovan nämnda sekretessreglering, tycks den ta sikte på den del av förfarandet som rör utvecklingen av den innovativa lösningen. Huruvida den i detta avseende skiljer sig från bestämmelserna om sekretess i andra stycket i fjärde punkten är dock oklart. Av bestämmelserna framgår dock vissa skillnader. Reglerna i sjätte punkten avser att hindra att uppgifter röjs för övriga partner i ett partnerskap där det ingår flera partner. Bestämmelserna i fjärde punkten syftar till hindra att uppgifter röjs för anbudssökande eller anbudsgivare som deltar i förhandlingar.

Att ett innovationspartnerskaps struktur ska återspegla de forsknings- och innovationsåtgärder som utvecklingen av lösningen erfordrar, framgår av *sjunde punkten*. I punkten anges vidare att värdet av de beställningar av den utvecklade lösningen som görs, inte ska vara oproportionerligt i relation till investeringarna i utvecklingen av lösningen.

4.2.3 Överväganden

Utredningens förslag: De uppgifter som avses i bestämmelserna om sekretess i artikel 31.4 andra stycket och 31.6 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 49.4 andra stycket och 49.6 tredje stycket i LUF-direktivet kan skyddas med tillämpning av offentlighets- och sekretesslagen och lagen om skydd för företagshemligheter. Artiklarnas bestämmelser om sekretess behöver därför inte genomföras genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Övriga bestämmelser i artikel 31 i LOU-direktivet och artikel 49 i LUF-direktivet ska dock genomföras genom föreskrifter i lag.

Förfarandets grundläggande struktur

Reglerna i LOU-direktivet och i LUF-direktivet beträffande förfarandet innovationspartnerskap är relativt allmänt hållna och ger inte några anvisningar om hur förfarandet i detalj bör tillämpas. Förfarandets konstruktion kan sägas innehålla moment som i delar återfinns i övriga förfaranden och rättsliga konstruktioner i 2014 års upphandlingsdirektiv. Det är dock inte givet hur dessa olika moment ska tillämpas när de kopplas samman i detta nya särskilda förfarande.

Regleringen reser vissa frågor om förfarandets grundläggande struktur. *För det första* framstår det som oklart hur bestämmelserna om successiva etapper och delmål (mellanliggande mål enligt upphandlingsdirektiven) och bestämmelserna om förhandling förhåller sig till varandra. *För det andra* är det otydligt om förfarandet i likhet med förfarandet konkurrenspräglad dialog ska delas upp i två olika faser som ska hållas isär. *För det tredje* synes det oklart vad förhandlingsreglerna siktar in sig på.

Den första frågan – förhållandet mellan bestämmelserna om successiva etapper, delmål och förhandling?

I fråga om hur bestämmelserna om successiva etapper och delmål förhåller sig till bestämmelserna om förhandling, bör det enligt utredningen framhållas att syftet med de olika reglerna skiljer sig åt.

Reglerna om successiva etapper och delmål tar framförallt sikte på att förfarandet ska återspegla de olika steg som typiskt sett förekommer när en innovativ lösning utvecklas och introduceras kommersiellt. Vidare bör det beaktas att utvecklingen av den innovativa lösningen fram till och med den fas där lösningen testas med avseende på funktion och kvalitet, är en tjänst i upphandlingsdirektivens mening. Med ett sådant synsätt blir reglerna om successiva etapper och delmål närmast ett regelverk som styr hur ett avtal om tjänsten i fråga ska fullgöras.

Förhandlingsbestämmelserna tycks inte ta sikte på något särskilt steg i processen att utveckla en innovativ lösning. De synes inte heller inrikta sig på enbart ett av de båda stegen utveckling av innovativ lösning och efterföljande kommersiell introduktion av lösningen. Förhandlingar får alltså antas kunna föras oavsett vilket stadium förfarandet befinner sig i. Det innebär att en upphandlande myndighet eller enhet efter hand som innovationsprocessen fort-

skrider får förhandla med den eller de leverantörer som har bjudits in att delta i förfarandet.

Förhandlingarna kan enligt utredningens uppfattning föras med utgångspunkt från det dittills genomförda forsknings- och utvecklingsarbetet. Enligt utredningens mening ska förhandlingarna vidare inriktas mot det eller de anbud som är aktuella i partnerskapet. Förhandlingarna ska alltså ta sikte på de krav och villkor som ska gälla för den färdigutvecklade lösningen som ska köpas in av myndigheten eller enheten.

Ordalagen i förhandlingsbestämmelserna kan dock möjligen tala emot tolkningen enligt stycket ovan. Kopplingen till anbud i artikel 31.3 i LOU-direktivet och artikel 49.3 i LUF-direktivet kan ge stöd för en mer inskränkt syn på när förhandling kan tillgripas. Eftersom det av bestämmelserna i övrigt knappast kan anses framgå när ett anbud ska lämnas in i ett innovationspartnerskap, bör man dock vara försiktig vid tolkningen av betydelsen av den uttryckliga hänvisningen till anbud. Med en strikt syn på regleringen och dess ordval, skulle man eventuellt kunna hävda att ett anbud i bestämmelsernas mening kan lämnas tidigast under det moment då lösningen introduceras kommersiellt. Av artikel 31.1 och 31.6 i LOU-direktivet och artikel 49.1 och 49.6 i LUF-direktivet framgår att en leverantör dels ska ansöka om att få delta i ett innovationspartnerskap, dels får delta i förfarandet endast efter inbjudan. Det finns sålunda inte något uttryckligt stöd för att ett anbud kan lämnas tidigare än under den kommersiella fasen.

Att förhandlingar endast ska få föras i ett sådant sent skede kan emellertid knappast ha varit EU-lagstiftarens avsikt. Det ligger enligt utredningens mening i sakens natur att det mer eller mindre regelmässigt kan antas uppstå behov av att ändra kraven allteftersom innovationsprocessen fortskrider. Typiskt sett kan förfarandet antas aktualisera en mängd olika lösningar vars förutsättningar för fortsatt utveckling skiljer sig åt i hög grad. Det får enligt utredningens mening anses vara av central betydelse att en upphandlande myndighet eller enhet under processen att utveckla en innovativ lösning tillåts att genom förhandlingar med en eller flera leverantörer modifiera kraven på den lösning som ska tillgodose de identifierade behoven.

Sammanfattningsvis följer det av det ovan förda resonemanget att reglerna om successiva etapper och delmål siktar in sig på andra aspekter än de som förhandlingsbestämmelserna inriktar sig mot. Reglerna är sålunda parallellt tillämpliga. De förra reglerar fram-

förallt hur avtalet eller avtalen ska fullgöras i så att säga den förkommersiella delen och de senare vilka krav som ska ställas på lösningen eller lösningarna.

Den andra och tredje frågan – ett delat förfarande och förhandlingsbestämmelserna?

Med ovanstående syn på regleringen besvaras också de ovan ställda övriga två frågorna. Regelverket ger alltså inte uttryck för att förfarandet ska delas upp som förfarandet konkurrenspräglad dialog i en dialogfas där lösningar diskuteras och i en anbudsfas där anbuderna lämnas in. Förhandlingsbestämmelserna är vidare aktuella under hela partnerskapets existens.

I vilket skede under förfarandet tilldelas ett kontrakt?

Utredningens slutsats ovan att förfarandet inte ska delas upp på samma sätt som förfarandet konkurrenspräglad dialog, leder osökt till frågan i vilket skede en leverantör i ett innovationspartnerskap ska tilldelas ett kontrakt i upphandlingsdirektivens mening. Med utredningens syn på förfarandet handlar det om två alternativ. Det ena är att ett kontrakt tilldelas i samband med att ett partnerskap ingås. Det andra är att ett kontrakt tilldelas efter en bedömning av det eller de slutliga anbud som har lämnats in.

Det *första alternativet* innebär att ett kontrakt tilldelas tidigt under förfarandet; tilldelningen torde i så fall motsvaras av avtalet om att ingå partnerskap. En sådan ordning ter sig dock som svärförenlig med upphandlingsdirektivens systematik i övrigt. Med denna systematik i åtanke går det knappast att uttrycka det på det sättet att parterna tillåts förhandla om anbuderna fram till det slutliga anbudet. Det slutliga anbudet ska ju röra den färdigutvecklade produkten och kan därför knappast bedömas vid en tidigare tidpunkt än då den förkommersiella fasen är avslutad.

Av det *andra alternativet* följer att ett kontrakt tilldelas sent under förfarandet; efter tilldelningen enligt detta alternativ torde det endast kvarstå en kort tid tills partnerskapet avslutas genom att myndigheten eller enheten ingår avtal med leverantören angående den färdigutvecklade produkten. Ett sådant system kan möjligen kritiseras för att förfarandet kommer att pågå under hela den förkommersiella fasen och under den efterföljande upphandlingen av den utvecklade produkten. I många fall torde denna tidsperiod till och med komma att överskrida den tidsgräns som i regel gäller beträffande ramavtals löptid, dvs. fyra år.

Sammanfattningsvis bedömer utredningen att de invändningar av systematisk natur mot det första alternativet är av sådan tyngd att det knappast kan bli aktuellt att välja det alternativet. Utredningen anser därför att vid förfarandet innovationspartnerskap tilldelas ett kontrakt vid den tidpunkt som följer av det andra alternativet.

När förfarandet kan tillämpas – regelverkets krav i fråga om den produkt som ska köpas in och på leverantörerna

För att avgöra om förutsättningar finns för en upphandlande myndighet eller enhet att upprätta ett innovationspartnerskap och för en leverantör att delta i ett sådant förfarande som partner, används i upphandlingsdirektiven vissa begränsande rekvisit.

När det gäller upprättandet av ett partnerskap är tolkningen av artikel 31.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 49.1 andra stycket i LUF-direktivet av stor vikt. Enligt utredningens mening kan det i bestämmelserna om förutsättningarna för upprättandet enligt nämnda artiklar utsorteras två olika led enligt vilka prövningen bör göras. Det första leDET rör frågan hur behovet av en innovativ lösning kan identifieras i en upphandlande myndighets eller enhets perspektiv. Det andra leDET inriktar sig på hur den identifierade lösningen ter sig i innovationshänseende efter en analys av utbudet av lösningar på marknaden.

En prövning i två led

Det bör beträffande det *första leDET* noteras att när det behov som ska tillgodoses genom upphandlingen ska identifieras, är utbudet av lösningar på marknaden inte avgörande. Av större vikt är i stället myndighetens eller enhetens önskemål om att utveckla en innovativ lösning. Myndigheten eller enheten väljer således om behovet ska tillgodoses genom befintliga lösningar som erbjuds på marknaden eller genom utveckling av innovativa lösningar. Att upphandlingsbehovet i och för sig kan tillgodoses med en befintlig lösning som inte är innovativ hindrar således inte att myndigheten eller enheten upprättar ett innovationspartnerskap. Det senare förutsätter dock att myndigheten eller enheten inte bara identifierar själva upphandlingsbehovet utan också kan redogöra för hur detta behov önskas tillgodoses genom en innovativ lösning.

Vad som är en innovativ lösning är dessvärre relativt knapphändigt beskrivet i upphandlingsdirektiven. Som framgått anges det

i artikel 2.1.22 i LOU-direktivet och artikel 2.18 i LUF-direktivet att en innovation är en ny eller väsentligt förbättrad lösning. Att regleringen lämnar ett bedömningsutrymme för en upphandlande myndighet eller enhet i detta led är dock knappast något större problem. Ledet tar ju framförallt sikte på hur behovet bör identifieras ur myndighetens eller enhetens synvinkel. Att då också lämna ett visst bedömningsutrymme åt myndigheten eller enheten framstår som nödvändigt. Vidare kan det ifrågasättas om man över huvud taget i författning kan nå mycket längre än att föreskriva att det ska röra sig om en ny eller väsentligt förbättrad lösning. Det ska därvid framhållas att även om myndigheten eller enheten medges visst handlingsutrymme, så medger regleringen inte några obegränsade valmöjligheter för myndigheten eller enheten. Det ska trots allt röra sig om en ny eller väsentligt förbättrad lösning, om än från myndighetens eller enhetens utgångspunkter. Oaktat ovanstående synpunkter angående vad som är en ny eller väsentligt förbättrad lösning, tjänar formuleringen sitt syfte som en del i ett första avgränsande moment mot färdigutvecklade lösningar som redan finns på marknaden.

Ytterligare avgränsande moment återfinns i det *andra ledet*. Som har framgått inriktar sig detta led på hur utbudet på marknaden ter sig. I detta led får myndigheten eller enheten bedöma om de minimikrav på den innovativa lösningen som den har ställt upp i det första ledet kan uppfyllas genom produkter som redan finns på marknaden. Med andra ord prövas om de moment som ingår i minimikraven och som av myndigheten eller enheten har identifierats som innovativa enligt det första ledet förekommer i produkter som redan finns på marknaden. Det andra ledet förutsätter sålunda att myndigheten eller enheten genomför en marknadsanalys med avseende på de innovativa momenten i minimikraven. Om det efter en sådan analys kan konstateras att det enligt det första ledet identifierade behovet kan tillgodoses genom produkter som redan finns tillgängliga på marknaden och som innehåller de enligt minimikraven uttryckta innovativa momenten, så finns det inte förutsättningar att upprätta ett innovationspartnerskap.

När det gäller marknadsanalysen enligt det andra ledet, kan viss kritik riktas mot att det saknas närmare uttalanden om hur en sådan analys ska genomföras. Hur den genomförs får ju avgörande betydelse för hur den enligt det första ledet identifierade innovativa lösningen förhåller sig till redan tillgängliga produkter på marknaden. Utredningen är medveten om dessa oklarheter men anser att

det inte heller på denna punkt går att uttala sig mer detaljerat. Såvitt utredningen kan bedöma, bör det dock inte krävas att analysen i detalj ska kartlägga alla relevanta marknader. Det får i stället bedömas från fall till fall vad som är rimliga insatser i fråga om analysen för att myndigheten eller enheten ska få ett tillräckligt underlag för sin bedömning.

Om det först under det skede i förfarandet där myndigheten eller enheten bedömer vilken eller vilka leverantörer som ska bjudas in att delta i innovationspartnerskapet framkommer att det trots allt finns redan tillgängliga produkter som hindrar ett innovationspartnerskap, så kan det enligt utredningens mening bedömas vara ett sakligt skäl för att avbryta förfarandet. Detta fråntar dock inte myndigheten eller enheten ansvaret att före inrättandet av partnerskapet med rimliga insatser analysera marknaden enligt stycket ovan.

Sammanfattningsvis bedömer utredningen att en tillämpning av de två leden sammantaget leder till att tillämpningsområdet för förfarandet avgränsas med tillräcklig grad av precision. Den närmare betydelsen av begreppen får dock bedömas i rättstillämpningen.

De ovan beskrivna avgränsande leden ska också läsas i ljuset av bestämmelsen om proportionalitet i artikel 31.7 i LOU-direktivet och artikel 49.7 i LUF-direktivet. Av regleringen framgår att det uppskattade värdet av de produkter som avses köpas in inte får vara oproportionerligt i förhållande till investeringarna i den förkommersiella fasen.

Krav på en partners verksamhet och organisation

I fråga om vad som erfordras av en leverantör för att denne ska få delta som partner i ett innovationspartnerskap, är artikel 31.1 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 49.1 tredje stycket i LUF-direktivet av intresse. Enligt utredningen följer det av dessa artiklar att en leverantör måste bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet för att kunna ingå i ett innovationspartnerskap. Den närmare betydelsen av detta krav på hur leverantörerna ska organisera sig för att kunna delta i ett innovationspartnerskap framgår inte uttryckligen av artiklarna. Av förfarandets struktur följer emellertid att förfarandet siktar in sig på leverantörer som både kan bedriva ett långvarigt forsknings- och utvecklingsprojekt och kan producera den genom forsknings- och utvecklingsverksamheten utvecklade produkten kommersiellt. Tilläggs kan även att kraven för val av leverantörer särskilt ska röra leverantörernas kapacitet på

forsknings- och utvecklingsområdet och att utveckla och implementera innovativa lösningar. Man kan med andra ord utgå ifrån att de leverantörer som kan bli aktuella för att ingå i ett innovationspartnerskap också uppfyller kravet på att bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet. De eventuella synpunkter som kan riktas mot detta krav i fråga om dess pregnans minskar därmed i betydelse. Kravet får i stället ses som närmast en erinran om det som redan följer av förfarandets struktur och bestämmelserna i övrigt.

Förfarandets flexibilitet och gränserna för handlingsutrymmet

Som redan konstaterats ovan är bestämmelserna om innovationspartnerskap i 2014 års upphandlingsdirektiv relativt allmänt hållna. Enligt utredningens bedömning lämnar de ett betydande utrymme för upphandlande myndigheter och enheter att anpassa förutsättningarna för hur ett innovationspartnerskap i det enskilda fallet bör utformas. Utformningen kan därvid optimeras så att den på bästa sätt bidrar till att den eller de lösningar som utvecklas tillgodoser de behov som myndigheterna eller enheterna har identifierat. Om de i avsnittet närmast ovan beskrivna förutsättningarna i fråga om upphandlingsföremålet och leverantörerna är uppfyllda, kan sålunda en upphandlande myndighet eller enhet tillämpa detta relativt flexibla förfarande.

En viktig begränsning av myndigheternas och enheternas handlingsutrymme följer dock av bestämmelserna i artikel 31.1 fjärde stycket sista meningen i LOU-direktivet och artikel 49.1 fjärde stycket sista meningen i LUF-direktivet. Av bestämmelserna framgår att myndigheterna och enheterna begränsas i sina val av grunder för utvärdering av anbuden. De närmare gränserna för detta undantag från myndigheternas och enheternas möjligheter att välja antingen pris eller kostnad som grund för utvärdering av anbuden är emellertid oklara.

Enligt artiklarnas ordalag ska anbud utvärderas enbart på grundval av ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”. Preciseringsen i artiklarna till ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” antyder att det inte bara rör sig om en begränsning till utvärderingsgrunden ”kostnad” utan om ytterligare begränsningar inom ramen för den utvärderingsgrunden. Detta kan dock knappast ha varit EU-lagstiftarens avsikt. Såvitt utredningen kan bedöma skulle

en sådan ordning strida mot den allmänna systematiken i LOU- och LUF-direktivens bestämmelser om tilldelningskriterier (artikel 67 respektive artikel 82). Denna allmänna systematik innebär att det finns två olika grunder för utvärdering av anbud som kan tillämpas, nämligen pris eller kostnad, och medger inte att de faktorer som ska kunna beaktas inom ramen för grunden kostnad enligt artiklarna om tilldelningskriterier begränsas. Däremot ger artikel 67.2 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 82.2 tredje stycket i LUF-direktivet medlemsstaterna ett visst handlingsutrymme när det gäller frågan om vilka av utvärderingsgrunderna, pris och kostnad, som ska tillämpas.

Sammanfattningsvis bedömer utredningen att det EU-lagstiftaren får antas ha avsett med hänvisningen till ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” är att den enda grunden för utvärdering av anbud i ett innovationspartnerskap ska vara kostnad. För övrigt utgår utredning ifrån att skillnaderna när det gäller hänvisningarna i artiklarna till bestämmelserna om tilldelningskriterier saknar betydelse – i artikel 31.1 fjärde stycket sista meningen i LOU-direktivet hänvisas till ”artikel 67” och i artikel 49.1 fjärde stycket sista meningen i LUF-direktivet hänvisas till ”artikel 82.2”. Artiklarna kan mot denna bakgrund lämpligen genomföras med bestämmelser som föreskriver att anbud inte får utvärderas på grunden pris. Oavsett utredningens ovan gjorda tolkning av EU-lagstiftarens avsikt, medger artikel 67.2 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 82.2 tredje stycket i LUF-direktivet ett sådant genomförande av artiklarna.

En ytterligare begränsning av handlingsutrymmet följer av bestämmelserna i artikel 31.7 i LOU-direktivet och artikel 49.7 i LUF-direktivet. Enligt utredningens mening syftar dessa bestämmelser till att förhindra att en upphandling av en vara, tjänst eller byggtreprenad som redan förekommer på marknaden kläs i termer av innovationspartnerskap. I viss utsträckning syftar de även till att förhindra att de ersättningar som betalas ut till en leverantör blir att betrakta som statsstöd. Låt vara att bestämmelserna om hur de immateriella rättigheterna till det som utvecklas fördelas torde spela en större roll för frågan om statsstöd.

Enligt artikel 31.7 i LOU-direktivet och artikel 49.7 i LUF-direktivet ska, *för det första*, partnerskapets struktur avspegla graden av innovation i den lösning som föreslås och de forsknings- och innovationsaktiviteter som krävs för att utveckla en innovativ lösning som ännu inte finns tillgänglig på marknaden. Med

partnerskapets struktur får enligt utredningens mening antas avses hur partnerskapet utformas i den förkommersiella fasen av förfarandet. Det handlar alltså om hur överenskommelsen om tjänsten att forska fram och utveckla en innovativ lösning ska utformas. Avhängigt hur forskningen och utvecklingen fortskrider kan strukturen på partnerskapet behöva omvärderas och ändras med hänsyn till avspeglingskravet.

För det andra får enligt nämnda artiklar det uppskattade värdet av de produkter som ska köpas in inte vara oproportionerligt i förhållande till de investeringar som krävs för deras framtagande. Även i fråga om detta proportionalitetskrav torde det finnas ett behov av att under partnerskapets fortlevnad omvärdera och ändra strukturen utifrån hur forskningen och utvecklingen fortskrider.

Om en upphandlande myndighet eller enhet håller sig inom de ramar som följer av de ovan berörda bestämmelserna som rör upphandlingsföremålet, leverantörerna, avspeglingskravet, proportionalitetskravet och grunderna för utvärdering av anbudet, så har den såvitt utredningen kan bedöma diverse möjligheter att med utgångspunkt från de särskilda förutsättningarna som föreligger i det enskilda fallet närmare bestämma hur innovationspartnerskapet bör utformas. Någon närmare beskrivning av hur dessa möjligheter kan tas tillvara finns inte i upphandlingsdirektiven. Även om det får ankomma på rättstillämparen att närmare utveckla gränserna för detta handlingsutrymme, avser utredningen att i det följande utveckla så långt det är möjligt hur den ser på följande centrala moment i detta förfarande:

- partnerskapets struktur i successiva etapper och delmål,
- förhandlingsbestämmelserna,
- offentliggörandet,
- begränsning av antalet anbudssökande, och
- tidpunkten när ett partnerskapsavtal bör ingås.

Partnerskapets struktur i successiva etapper och delmål

Hur förfarandet bör karaktäriseras i denna del

När det gäller partnerskapets struktur i successiva etapper och delmål, ska först beröras hur den delen av förfarandet bör karaktäriseras. Som utredningen har anfört ovan är denna del av förfarandet

närmast att jämföra med ett tjänstekontrakt som avser tjänsten forskning och utveckling. Inom ramen för förfarandet innovationspartnerskap är överenskommelsen om tjänstens utförande likväl inte att betrakta som ett tjänstekontrakt i upphandlingsdirektivens mening.

De bestämmelser som är tillämpliga i denna del i förfarandet tar primärt inte sikte på det kontrakt som så småningom ska tilldelas. Regleringens huvudsyfte är i stället att med ett minimum av bestämmelser styra hur denna del av förfarandet bör te sig för att en efterföljande tilldelning av ett kontrakt utan ett nytt upphandlingsförfarande inte ska stå i strid med de allmänna principer som i övrigt utgör fundamentet för upphandlingsdirektiven.

Regleringen i denna del får antas förutsätta att den upphandlande myndigheten eller enheten ingår avtal med den eller de partner som ska ingå i partnerskapet. Utredningen utgår ifrån att det av ett sådant avtal, partnerskapsavtal, framgår bl.a. vid vilken tidpunkt olika faser i utvecklingen av lösningen ska ha utförts och vilka villkor som ska vara uppfyllda för att delbetalningar ska göras.

Sammanfattningsvis kan denna del av förfarandet karaktäriseras som gällande fullgörandet av tjänsten att genom forskning och utveckling utveckla en innovativ lösning. Eventuellt kan det hävdas att ett sådant ställningstagande behöver modifieras med hänsyn till att de successiva etapperna kan inkludera tillverkningen av produkten, tillhandahållandet av tjänsten eller slutförandet av byggentreprenaden. Huruvida detta avser fasen med testprodukter/testserier, dvs. den sista fasen i den förkommersiella delen, eller fasen med kommersiella slutprodukter, dvs. när den förkommersiella delen har avslutats, framgår dock inte. Gränsen mellan dessa faser lär dock över huvud taget inte kunna fastställas med någon högre grad av precision. I stället får det antas att gränsen i viss mån är flytande. Mot denna bakgrund anser utredningen att möjligheten att låta de successiva etapperna också omfatta tillverkningen, tillhandahållandet eller slutförandet inte är någon avgörande invändning mot den ovan gjorda karaktäriseringen.

Utformningen i successiva etapper och med delmål

Såvitt gäller frågan om partnerskapets utformning i successiva etapper och med delmål, är det behoven i det enskilda fallet som är styrande. Regelverket erfordrar endast att partnerskapet ska innehålla olika etapper som följer forsknings- och innovationsprocessen men inte hur dessa närmare bör utformas. Av bestäm-

melserna följer vidare att ett partnerskap ska ha delmål som partnern eller partnererna ska uppfylla. Dessa mål utgör grunden för eventuella överväganden om antalet partner ska minskas eller om partnerskapet ska upphöra.

Det framgår inte av artiklarna vilket närmare innehåll delmålen bör ha. Det nämns dock att partnerskapet, utöver att det ska innehålla delmål, ska föreskriva om utbetalning av ersättning genom lämpliga delbetalningar. Med hänsyn till hur utredningen ovan har karakteriserat förfarandet i denna del, bedömer utredningen att målen i detta sammanhang ska ta sikte på utförandet av forsknings- och utvecklingstjänsten.

Ändringar av partnerskapets struktur

Som har framgått menar utredningen att ett partnerskaps struktur med hänsyn till hur forskningen och utvecklingen inom partnerskapet fortskrider, kan behöva ändras under dess fortlevnad. Så länge en ändring av partnerskapsavtalet inte innebär att förfarandet strider mot bestämmelserna som rör upphandlingsföremålet, leverantörerna, återspeglingskravet och proportionalitetskravet, hindrar regelverket beträffande partnerskapets struktur inte ändringen. Däremot kan kraven på vad som ska offentliggöras i upphandlingsdokumenten när det gäller partnerskapets struktur begränsa möjligheterna att ändra partnerskapsavtalet.

Enligt utredningens mening följer det av artiklarna att det endast är två villkor i ett partnerskapsavtal som också måste nämnas i upphandlingsdokumenten. Det ena gäller vilka arrangemang som ska tillämpas i fråga om de immateriella rättigheterna till den lösning som ska utvecklas. Det andra gäller frågan om den upphandlande myndigheten avser att utnyttja möjligheten att under pågående partnerskap minska antalet partner eller att avsluta partnerskapet och i så fall under vilka förutsättningar. Båda villkoren får enligt utredningens uppfattning betydelse för en leverantörs bedömning i fråga om den ska ansöka om att delta i förfarandet. Detta manar till försiktighet vid ändring av dessa villkor.

I fråga om de immateriella rättigheterna finns dock krav att de fördelas på grunder som inte leder till att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Avhängigt hur forsknings- och utvecklingsprocessen framskrider och vilka lösningar som aktualiseras, kan det sålunda bli aktuellt att omförhandla arrangemangen för de immateriella rättigheterna för att undvika nyss

nämnda konkurrensskadliga effekter. Ett sådant grundat behov är givetvis ett sakligt skäl för att omförhandla.

När det gäller minskning av antalet partner eller avslutande av partnerskapet torde någon fråga om ändring knappast bli aktuell. Regleringen på den punkten innebär ju att åtgärden minskning eller avslutande får vidtas. Redan genom ordvalet ”får” finns det ett handlingsutrymme i frågan. Detta torde vara tillräckligt. Det kan dock noteras att om det inte finns några uppgifter i upphandlingsdokumentet om att minskning eller avslutande kan tillgripas under vissa närmare angivna villkor, så kan beslut om minskning eller avslutande inte fattas.

Förhandlingsbestämmelserna

I fråga om förhandlingsbestämmelserna, som alltså ska tillämpas parallellt med regleringen om partnerskapets struktur i successiva etapper och delmål, bör framhållas att föremålet för förhandlingarna enligt artiklarnas ordalydelse är de anbud som lämnas in. Som har framgått är dock utredningens uppfattning att anbud i detta sammanhang inte bör ges en alltför strikt formell innebörd. Begreppet anbud får här i stället ses som en samlande beskrivning av de viljeyttringar som en leverantör ger uttryck för under hela partnerskapets fortlevnad och som tar sikte på de minimikrav och övriga krav som den upphandlande myndigheten eller enheten ställer på den lösning som ska tillgodose det behov som myndigheten eller enheten har identifierat.

De viljeyttringar som tar sikte på lösningen och som har lämnats in efter tidpunkten för inbjudan att delta i förfarandet kan enligt utredningens uppfattning bli föremål för förhandlingar. Viljeyttringar med en sådan inriktning torde återfinnas bl.a. redan i den första beskrivningen av forsknings- och innovationsprojektet som lämnas in av den eller de leverantörer som har bjudits in att delta i partnerskapet. Med stöd av förhandlingarna kan tekniska specifikationer eller andra krav på lösningen ändras. Möjligheten till förhandling kan användas fram till att anbuden är slutliga. De slutliga anbuden ska ligga till grund för kontraktstilldelningen och kan inte bli föremål för förhandlingar. Dessutom föreskrivs att varken minimikraven eller tilldelningskriterierna kan förhandlas.

Förhandlingarna får också genomföras i successiva steg med syftet att minska antalet anbud. För att över huvud taget kunna

utnyttja denna möjlighet krävs att myndigheten eller enheten har offentliggjort att möjligheten kan komma att användas i partnerskapet. Informationen kan göras offentlig ”i meddelandet om upphandling, i inbjudan att bekräfta intresse eller i upphandlingsdokumenten” (artikel 31.5 i LOU-direktivet och 43.5 i LUF-direktivet).

När förhandlingarna sker i successiva steg för att minska antalet anbud, ska anbuden bedömas ”på grundval av de tilldelningskriterier som anges i meddelandet om upphandling, i inbjudan att bekräfta intresse eller i upphandlingsdokumenten”.

Ytterligare vägledning för hur förhandlingsbestämmelserna i fråga om innovationspartnerskap bör tillämpas enligt såväl den nya lagen om offentlig upphandling som den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna kan hämtas från de bestämmelser som genomför artikel 29.5 och 29.6 i LOU-direktivet.

Offentliggörande

Såvitt gäller offentliggörande vid förfarandet innovationspartnerskap, är utgångspunkten att de allmänna bestämmelserna i ämnet är tillämpliga. I bestämmelserna om förfarandet finns dock vissa särskilda anvisningar som rör frågan hur vissa förutsättningar för förfarandet ska offentliggöras. Av regelverket framgår att en upphandlande myndighet eller enhet i upphandlingsdokumenten ska

1. ange vilka arrangemang för immateriell äganderätt som ska tillämpas,
2. identifiera det behov av en innovativ vara, tjänst eller byggentreprenad som inte kan tillgodoses genom inköp av varor, tjänster eller byggentreprenader som redan finns tillgängliga på marknaden och som ska tillgodoses genom upphandlingen, och
3. ange vilka delar av beskrivningen som fastställer de minimikrav som ska uppfyllas av alla anbud.

Om myndigheten eller enheten avser att utnyttja möjligheten att minska antalet partner, att avsluta partnerskapet eller att förhandla i successiva steg i syfte att minska antalet anbud, så ska detta också anges i upphandlingsdokumenten.

Av intresse för vilken typ av information som ska lämnas och vid vilket tillfälle är bestämmelsen som föreskriver att informa-

tionen som lämnas ska vara tillräckligt precis för att leverantörerna ska kunna bedöma dels den efterfrågade lösningens art och räckvidd, dels om de ska ansöka om att få delta i förfarandet. Den tillräckligt precisa informationen ska sålunda ha lämnats i så god tid före utgången för tiden att inkomma med anbudsansökningar, att leverantörerna kan ta ett grundat ställningstagande i fråga om huruvida de ska ansöka om deltagande.

Begränsning av antalet anbudssökande

När det gäller möjligheterna att begränsa antalet anbudssökande, gäller de allmänna bestämmelserna i artikel 65 i LOU-direktivet samt artikel 76.1 c och artikel 78.2 i LUF-direktivet. För den klassiska sektorn innebär det att antalet anbudssökande inte kan minskas till ett lägre antal än tre. Beträffande försörjningssektorn innebär det endast att minskningen inte får leda till att konkurrensen inte blir tillräcklig. Såvitt utredningen kan bedöma torde även regleringen avseende försörjningssektorn i praktiken innebära att antalet anbudssökande inte bör minskas ned till färre än tre.

Om en upphandlande myndighet eller enhet önskar upprätta ett innovationspartnerskap med endast en partner, kan myndigheten inte försäkra sig om en sådan ordning med en tillämpning av bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande. Som framgått kan dessa regler inte användas för att minska ner antalet anbudssökande till färre än tre. Det går enligt utredningen inte uttala sig om huruvida förfarandet typiskt sett kommer att intressera en eller flera leverantörer i det enskilda fallet. Om det visar sig att det är flera sökanden och det finns ett behov av att ingå partnerskap med enbart en av de sökande, får myndigheten eller enheten i stället försöka uppnå detta med en tillämpning av bestämmelserna om förhandling i successiva steg.

Tidpunkten när ett partnerskapsavtal bör ingås

I fråga om avtalet om partnerskap som reglerar hur tjänsten forskning och utveckling ska fullgöras, finns det anledning att beröra vid vilken tidpunkt ett sådant avtal, partnerskapsavtalet, bör ingås. Som har framgått förutsätter enligt utredningens mening

bestämmelserna om innovationspartnerskap att den upphandlande myndigheten eller enheten ingår partnerskapsavtal med den eller de leverantörer som ska ingå i partnerskapet. När parterna har ingått ett sådant avtal är innovationspartnerskapet upprättat.

Typiskt sett bör avtalet enligt utredningens bedömning ingå i nära anslutning till att anbudssökandena bjuds in att delta i förfarandet. Som har framgått ovan kan avtalet under partnerskapets fortlevnad dock bli föremål för ändringar. Förutsättningarna för att ändra avtalet styrs av allmänna civilrättsliga bestämmelser.

Särskilda sekretessbestämmelser

De särskilda sekretessbestämmelserna i artikel 31.4 andra stycket och 31.6 tredje stycket i LOU-direktivet och i artikel 49.4 andra stycket och 49.6 tredje stycket i LUF-direktivet får antas överlappa varandra i viss utsträckning. Oaktat att det inte går att uttala sig om hur dessa bestämmelser närmare förhåller sig till varandra, kan det enligt utredningen konstateras att det finns svenska regler om sekretess som tillgodoser det behov som framgår av artiklarna av skydd mot att uppgifterna i fråga röjs. Utredningen redogör för de svenska reglerna i avsnitt 3.4.

I samband med att reglerna om konkurrenspräglad dialog infördes i nuvarande lag om offentlig upphandling (prop. 2009/10:180, bet. 2009/10:FiU22, rskr. 2009/10:311), bedömdes huruvida de svenska bestämmelserna om sekretess och skydd för företags-hemligheter var tillräckliga i förhållande till de särskilda sekretessbestämmelserna i artikel 29.3 andra och tredje styckena i 2004 års LOU-direktiv. Regeringen bedömde därvid att nödvändiga bestämmelser om sekretess och skydd för företags-hemligheter hos upphandlande myndigheter fanns i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och lagen (1990:409) om skydd för företags-hemligheter (prop. 2009/10:180 s. 242). Någon särskild bestämmelse om sekretess för innehåll som lämnas under pågående konkurrenspräglad dialog borde därför enligt regeringen inte införas. Som skäl för sin bedömning anförde regeringen följande (prop. 2009/10:180 s. 242–243).

Enligt artikel 29.3 andra och tredje styckena i det klassiska direktivet ska den upphandlande myndigheten garantera lika behandling av samtliga anbudsgivare under dialogen. De ska i synnerhet inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra. Den upphandlande myndigheten får inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har

föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke. Utredningen föreslår att en bestämmelse tas in i LOU som motsvarar nämnda artiklar i direktivet.

Enligt 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) råder i ärenden om upphandling s.k. absolut sekretess för uppgifter som rör ett anbud. Denna sekretess gäller till skydd för det allmännas ekonomiska intressen men eftersom den är absolut – dvs. sekretessen gäller utan någon skadeprövning för de uppgifter som omfattas av bestämmelsen – blir följden att även uppgifter om enskildas ekonomiska förhållanden skyddas under tiden fram till dess att alla anbud offentliggörs eller ett tilldelningsbeslut fattats. Uppgifterna omfattas alltid av sekretess.

Efter tilldelningsbeslutet tillgodoses enskildas behov av sekretess genom bestämmelserna i 31 kap. 16–18 §§ offentlighets- och sekretesslagen. Enligt dessa bestämmelser får enskilda affärs- eller driftförhållanden inte lämnas ut om det av särskild anledning kan antas att det är till skada för den enskilde. Sekretess gäller för uppgift i allmän handling i högst 20 år. Är det en handling som innehåller villkoren i ett slutet avtal gäller dock sekretessen längst till dess två år har förflutit från det avtalet slöts, eller högst fem år när fråga är om en sådan handling hos ett statligt affärsverk, Försvarets materielverk eller i en kommunal affärsverksamhet. Enligt 31 kap. 19 § samma lag får dock regeringen för ett särskilt fall förordna om undantag från sekretessen, om den finner det vara av vikt att uppgiften lämnas.

I 9 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen erinras bl.a. om att även uppgifter om att bestämmelser om tystnadsplikt för företags-hemligheter finns, förutom i offentlighets- och sekretesslagen, även i lagen (1990:409) om skydd för företags-hemligheter. Enligt 1 § lagen om skydd för företags-hemligheter avses med företags-hemligheter i den lagen, sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. Enligt 6 § samma lag är den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företags-hemlighet hos en näringsidkare som han i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse med näringsidkaren skadeståndsskyldig gentemot honom.

Som framgår omfattar lagen ett skydd för företags-hemligheter såväl i det privata näringslivet som i det allmännas verksamhet. För myndigheter och organ som omfattas av offentlighets- och sekretesslagen är lagen om skydd för företags-hemligheter dock subsidiär till offentlighets- och sekretesslagen (prop. 1987/88:155, bet. 1989/90:LU37). En uppgift hos en myndighet kan utgöra en företags-hemlighet endast så länge som sekretess gäller för uppgiften (prop. 1987/88:155 s. 4 och Lenberg, Geijer och Tansjö, Offentlighets- och sekretesslagen – En kommentar, s. 9:3:1).

Uppgifter som omfattas av sekretess hos myndigheter regleras i offentlighets- och sekretesslagen. Därutöver finns vissa bestämmelser om tystnadsplikt i lagen om företags-hemligheter. Mot denna bakgrund

anser regeringen att det inte behövs några särskilda bestämmelser om sekretess för förfarandet konkurrenspräglad dialog hos upphandlande myndigheter.

Utredningens förslag på bestämmelse innehåller även krav på likabehandling av alla deltagande leverantörer. Av 1 kap. 9 § LOU framgår dock redan att leverantörer bl.a. ska behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande. Någon ytterligare reglering med krav på likabehandling vid konkurrenspräglad dialog behövs således inte.

De nu aktuella sekretessbestämmelserna är snarlika de i artikel 29.3 andra och tredje styckena i 2004 års LOU-direktiv. Enligt utredningens mening finns det inte anledning att göra någon annan bedömning beträffande de nu aktuella särskilda sekretessbestämmelserna än den som gjordes i lagstiftningsärendet ovan. Den omständigheten att sekretessbestämmelserna i fråga i 2014 år upphandlingsdirektiv innehåller en precisering av hur ett samtycke kan lämnas ändrar inte bedömningen att reglerna i offentlighets- och sekretesslagen och lagen om skydd för företagshemligheter är tillräckliga i fråga om genomförandet.

Sammanfattning

De särskilda sekretessbestämmelserna i artikel 31.4 andra stycket och 31.6 tredje stycket i LOU-direktivet och i artikel 49.4 andra stycket och 49.6 tredje stycket i LUF-direktivet bör inte genomföras genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna i övrigt i artikel 31 i LOU-direktivet och artikel 49 i LUF-direktivet kan genomföras med endast redaktionella avikelser genom föreskrifter i de nya lagarna. Dessa föreskrifter bör i de nya lagarna placeras i kapitlet Förfaranden.

5 Teknik och instrument för elektronisk och gemensam upphandling

5.1 Inledning

I kapitlet om teknik och instrument för elektronisk och gemensam upphandling i 2014 års upphandlingsdirektiv återfinns tre av de artiklar som omfattas av utredningens uppdrag. Dessa tre artiklar reglerar följande områden:

- elektroniska kataloger (artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet),
- tillfällig gemensam upphandling (artikel 37 i LOU-direktivet och artikel 51 i LUF-direktivet), och
- upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter/enheter från olika medlemsstater (artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 52 i LUF-direktivet).

5.2 Elektroniska kataloger

5.2.1 Nuvarande ordning

I 2004 års upphandlingsdirektiv finns inte några artiklar som särskilt reglerar användningen av s.k. elektroniska kataloger. Begreppet behandlas dock i skälen i direktiven i anslutning till den mer omfattande frågan om elektronisk upphandling (skäl 12 i 2004 års LOU-direktiv och skäl 20 i 2004 års LUF-direktiv). I skälen framhålls att nya förfaranden för elektronisk upphandling ständigt utvecklas och att dessa förfaranden möjliggör ökad konkurrens och förbättrad effektivitet vid offentlig upphandling, särskilt genom de

besparingar i tid och kostnader som användningen medför. Därefter anges följande i skäl 12 i 2004 års LOU-direktiv (motsvarande formuleringar finns i skäl 20 i 2004 års LUF-direktiv).

Användningen av elektroniska upphandlingsförfaranden ska dock stå i överensstämmelse med upphandlingsdirektiven och principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. I samma omfattning får ett anbud som lämnas in av en anbudsgivare ha formen av dennes elektroniska katalog, särskilt om förnyad inbjudan att lämna anbud har gått ut i enlighet med ett ramavtal eller ett dynamiskt inköpssystem har införts, under förutsättning att anbudsgivaren använder de kommunikationssätt som den upphandlande myndigheten valt i enlighet med artikel 42.

Användningen av elektroniska kataloger regleras inte heller uttryckligen i nuvarande lagar om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. När en upphandlande myndighet eller enhet i dag anvisar att specifika elektroniska medel ska användas i ett upphandlingsförfarande – som till exempel elektroniska kataloger – bedöms förfarandet således enligt de allmänna regler som gäller för elektronisk kommunikation. Dessa bestämmelser innebär, som framgått i avsnitt 3.5, att vid kommunikation med elektroniska medel ska medlen vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- eller programvara som i allmänhet används (nuvarande 9 kap. 2 § LOU och LUF).

Som framgått har begreppet elektroniska kataloger i dag inte någon entydig specifik betydelse. Det som hittills har avsetts med begreppet i upphandlingshänseende tycks framförallt röra de kataloger som leverantörer använder för pris- och produktinformation. Sådana kataloger kan bl.a. ingå som bilagor till anbud som leverantörer lämnar eller, i uppdaterade former, utgöra underlag för upphandlande myndigheters eller enheters beställningar. I fråga om ramavtal kan noteras att dessa ofta förutsätter att pris- och produktkatalogerna ska uppdateras i enlighet med avtalet. Användningen av sådana uppdaterade kataloger är vidare i Sverige frekvent förekommande i bl.a. beställningsfasen. Rekommendationer för standarder beträffande kataloger har dessutom utarbetats inom ramen för samarbetet Single Face To Industry (SFTI) mellan Sveriges Kommuner och Landsting, Ekonomistyrningsverket och Kammarkollegiet (se hemsidan för samarbetet, www.SFTI.se). Erfarenheterna från hur katalogerna används såväl i Sverige som i övriga Europa visar att det för den fortsatta utvecklingen är av vikt

att informationen i katalogerna lämnas i strukturerat format bl.a. för att elektronisk utvärdering ska kunna tillämpas. (Jfr EU-kommissionens Handlingsplan för genomförandet av den rättsliga ramen för elektronisk offentlig upphandling, KOM(2004) 841 slutlig, s. 9–10, Arrowsmith, S., *The law of public and utilities procurement*, 2. ed., 2005, s. 1221–1223, Sveriges kommuner och landsting och Ekonomistyrningsverket, *E-handel: redovisning och juridik*, 2006, s. 13, EU-kommissionens Grönbok om en ökad användning av e-upphandling i EU, KOM(2010) 571 slutlig, s. 11 och 20 och Upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet, *Vägledning: Att införa elektronisk upphandling*, 2012:2, s. 9–12 och 23–24.)

5.2.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Skälen

Motiven till bestämmelserna i artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet utvecklas i skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv.

I skäl 55 i LOU-direktivet och skäl 66 i LUF-direktivet framhålls riskerna med användningen av skilda standarder för olika elektroniska medel. I skälen nämns användningen av elektroniska kataloger som exempel på ett område där skilda tekniska format eller process- och meddelandestandarder kan leda till problem vid upphandlingar, särskilt för leverantörer i andra medlemsstater än den där den upphandlande myndigheten eller enheten är belägen.

Enligt skälen är en elektronisk katalog ett format för att presentera och organisera information på ett för alla deltagande anbudsgivare gemensamt sätt och som lämpar sig för elektronisk ”hantering” (”behandling” enligt skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet).

Lite längre fram i skälen behandlas användningen av elektroniska kataloger, nämligen i skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet. I dessa skäl återfinns dessutom den ovan nämnda förklaringen till vad som avses med begreppet. Till skillnad mot den förra förklaringen kompletteras den senare med ett exempel, nämligen att ett anbud presenteras i form av ett kalkylblad.

Enligt skälen bidrar elektroniska kataloger till att öka konkurrensen och förbättra effektiviteten vid upphandlingar, särskilt genom tids- och kostnadsbesparingar. Användningen av elektroniska

kataloger vid upphandlingar får dock inte leda till ett förfarande som står i strid med upphandlingsdirektivens bestämmelser eller med principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. I skälen hänvisas särskilt till de allmänna krav som gäller för elektroniska medel för kommunikation.

Det ska mot denna bakgrund enligt skälen inte vara tillräckligt att leverantörerna passivt överlämnar sina allmänna kataloger utan i stället ska det krävas att de aktivt anpassar dessa till det som efterfrågas i den specifika upphandlingen. Vid vissa upphandlingsförfaranden bör dock upphandlande myndighet eller enhet kunna generera anbud för specifika inköp på grundval av tidigare överlämnade elektroniska kataloger. Förfarandet att tillskapa anbud med tidigare överlämnade elektroniska kataloger som grund kräver dock att berörda leverantörer ges möjlighet att påtala felaktigheter i det av upphandlande myndighet eller enhet formade anbudet.

Artiklarna

Bestämmelserna om elektroniska kataloger återfinns i artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet. Artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv innehåller dock inte någon definition av begreppet elektroniska kataloger.

De båda artiklarna om elektroniska kataloger, som har utformats på samma sätt, består av sex punkter.

I den *första punkten* slås fast att en upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbud ska lämnas i form av en elektronisk katalog. Regleringen ger således myndigheten eller enheten en möjlighet att kräva att anbuden i dess helhet lämnas i form av elektroniska kataloger. Bestämmelserna medger alltså att krav på elektronisk katalog kan ställas inte bara för uppgifter i exempelvis pris- och produktkataloger som lämnas som anbudsbilagor.

I första punkten ges vidare medlemsstaterna en möjlighet att för vissa typer av upphandlingar föreskriva en obligatorisk användning av elektroniska kataloger.

Första punkten avslutas med en reglering beträffande handlingar som kompletterar anbud i form av elektroniska kataloger. Av bestämmelsen följer att ett anbud som lämnas i form av en elektronisk katalog får åtföljas av andra handlingar som kompletterar anbudet. Som artikeln är formulerad i denna del innebär den att

regelverket inte hindrar att ett anbud kompletteras med uppgifter som lämnas i annat format än elektronisk katalog.

Av *andra punkten* följer att det är den upphandlande myndigheten eller enheten som bestämmer enligt vilka tekniska specifikationer och format leverantörerna ska upprätta de elektroniska katalogerna. I sammanhanget påpekas att elektroniska kataloger ska uppfylla kraven beträffande elektronisk kommunikation enligt artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet.

För det fall det krävs eller godtas att anbud lämnas in i form av en elektronisk katalog, åligger det den upphandlande myndigheten eller enheten att lämna viss information. Detta regleras i *tredje punkten*.

Av bestämmelsen i tredje punkten följer för det första att en upphandlande myndighet eller enhet ska vid offentliggörandet av upphandlingen ange att det krävs eller godtas att anbud lämnas i form av elektroniska kataloger. För det andra ska myndigheten eller enheten i upphandlingsdokumenten enligt artikel 22.6 i LOU-direktivet och artikel 40.6 i LUF-direktivet lämna nödvändig information om format, elektronisk utrustning, tekniska arrangemang för anslutning och specifikationer för katalogen.

I den *fjärde punkten* finns regler som särskilt rör användningen av elektroniska kataloger vid upphandling där ramavtal har ingåtts. Enligt bestämmelserna får en upphandlande myndighet eller enhet vid förnyad konkurrensutsättning bestämma att denna ska genomföras på grundval av ”uppdaterade kataloger”. Med ”uppdaterade kataloger” får antas avses elektroniska sådana. Väljer myndigheten eller enheten att använda sig av uppdaterade elektroniska kataloger ska uppdateringen göras enligt någon av de två alternativa metoder som föreskrivs i punktens led a och b.

Enligt led a ska myndigheten eller enheten uppmana leverantörerna att på nytt lämna in sina elektroniska kataloger varvid uppgifterna i katalogerna ska ha anpassats till det som upphandlas genom den förnyade konkurrensutsättningen.

Enligt led b ska myndigheten eller enheten meddela leverantörerna att den avser att från redan inlämnade elektroniska kataloger inhämta de uppgifter som behövs för att generera ett anbud som anpassats till det som upphandlas genom den förnyade konkurrensutsättningen. Begagnandet av metoden enligt detta led förutsätter att det har angetts i upphandlingsdokumenten för ramavtalet att den ska användas.

Av *femte punkten* framgår, när metoden enligt led b i fjärde punkten används, att det ankommer på upphandlande myndighet eller enhet att vidta diverse informerande åtgärder i syfte att undvika felaktigheter i materiellt hänseende i de tillskapade anbuden. Myndigheten ska bl.a. ge leverantörerna en möjlighet att säga nej till en sådan insamling. Vad ett nej från en leverantör innebär för en upphandling där myndigheten eller enheten med stöd av fjärde punkten har krävt att anbud ska lämnas in i form av elektroniska kataloger framgår inte. Med tanke på hur artikeln i övrigt är utformad torde en sådan leverantör vara hänvisad till att antingen uppdatera den elektroniska katalogen enligt den andra metoden, led a i fjärde punkten, eller helt avstå från att delta i den förnyade konkurrensutsättningen. Detta resonemang förutsätter givetvis att kraven i övrigt för användande av elektroniska kataloger är uppfyllda.

Artiklarna avslutas med bestämmelser i *sjätte punkten* om användning av elektroniska kataloger vid tilldelning av kontrakt enligt dynamiska inköpssystem. Regleringen innebär att kontrakt får tilldelas på grundval av erbjudanden i form av elektroniska kataloger avseende specifika kontrakt. Det finns även en möjlighet för myndigheten eller enheten att tilldela kontrakt med uppdaterade kataloger som grund. Regelverket följer i den delen med vissa modifieringar det som gäller för uppdaterade kataloger enligt fjärde punkten led b och femte punkten.

5.2.3 Överväganden

<p>Utredningens bedömning: Bestämmelserna om elektroniska kataloger i artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om elektroniska kataloger i de nya författningarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.</p>

Skälen för utredningens bedömning

Motiven till regelverket om elektroniska kataloger

Då 2014 års upphandlingsdirektiv saknar en artikelreglerad definition av begreppet elektroniska kataloger, är det angeläget att den i skälen formulerade förklaringen av begreppet sätts i sitt sammanhang. Det framgår därvid enligt utredningens mening att utformningen av regelverket om elektroniska kataloger är ett resultat av en sammanvägning av framförallt tre intressen.

Elektroniska kataloger är *för det första* ett elektroniskt medel vars användning kan bidra till att öka konkurrensen och förbättra effektiviteten vid upphandlingar. Det är således av vikt att detta specifika elektroniska medel används när så är möjligt.

För det andra finns det vissa risker i tekniskt hänseende med användningen av elektroniska kataloger. Dessa risker skiljer sig enligt utredningens uppfattning inte från de som i allmänhet föreligger när elektroniska medel används för kommunikation. Det handlar således om att förfarandet inte får bli diskriminerande eller begränsa leverantörernas tillträde till en upphandling. Det är därför av betydelse att en upphandlande myndighet eller enhet med beaktande av kraven på upphandlingsförfarandena dels med omsorg väljer format för det elektroniska medlet, dels tydligt informerar leverantörerna om vilket format som ska användas och hur det kan anlitas.

När ett upphandlingsförfarande utformas så att det i högre utsträckning medger att leverantörerna använder redan egna skapade elektroniska pris- och produktkataloger, finns det *för det tredje* en risk att uppgifter om priser och produkter som inte omfattas av upphandlingen kan komma att ingå i anbuden. Att det i anbuden finns uppgifter om annat än det som upphandlas, kan leda till att den upphandlande myndigheten eller enheten själv med ledning av katalogerna sätter samman anbuden. Vådan av detta består i att ett sådant förfarande typiskt sett kan framstå som diskriminerande men kanske framförallt i att det är svårt att kontrollera vad det är som styr myndigheten eller enheten när den konstruerar anbuden. Det är därför angeläget att ordningen utformas så att det i första hand är leverantörerna som aktivt skapar sina anbud. Om det handlar om en uppdatering av redan lämnade uppgifter, kan dock myndigheten eller enheten tillåtas vara mer aktiv så länge detta sker enligt en ordning som eliminerar ovan beskrivna risker.

Innebörden av begreppet elektroniska kataloger

Med motiven till bestämmelserna om elektroniska kataloger som bakgrund ställer sig utredningen frågan om det med ledning av skälen och artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv går att dra några slutsatser om vad som avses med begreppet elektroniska kataloger.

Den förklaring som finns i skälen ger intryck av att det handlar om en benämning av det eller de elektroniska format som används av samtliga leverantörer vid en upphandling. Begreppet får med denna förklaring en stor spännvidd från enkla dokumentbaserade format i form av t.ex. pdf- eller wordfiler med ostrukturerad information till tabellbaserade format i form av t.ex. elektroniska formulär med strukturerad information.

Att begreppet elektroniska kataloger även tycks omfatta dokumentbaserade format med ostrukturerad information är enligt utredningens mening problematiskt. Även om upphandlingsregelverket inte hindrar att sådana format används, framstår det som tveksamt att införa ett särskilt begrepp som omfattar de dokumentbaserade formaten. Förutom att det kan finnas vissa säkerhetsrisker när dokumentbaserade format som bilagor till e-postmeddelanden överförs till den upphandlande myndigheten eller enheten, är förfarandet att t.ex. anbud presenteras i dokumentbaserade format med ostrukturerad information knappast något som i dag avses när man talar om e-upphandling. Enligt utredningens bedömning kan ett införande av begreppet elektroniska kataloger med den beskrivna betydelsen närmast bli kontraproduktivt när det gäller övergången till e-upphandling.

De allmänna reglerna som gäller för elektronisk kommunikation

Med hänsyn till den skepsis utredningen uttryckt i fråga om vad begreppet elektroniska kataloger omfattar i upphandlingsdirektivens mening, blir frågan om det finns något alternativ till att mer eller mindre ordagrant överföra artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet till det svenska upphandlingsregelverket. Enligt utredningens mening finns det ett sådant lämpligt alternativ.

Bestämmelserna i artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet kan sägas innehålla regler som tar sikte på de

elektroniska formaten för dels presentation och organisation av information, dels överföring av information. Enligt utredningens mening är det emellertid knappast meningsfullt att dela upp regelkomplexet på det sättet. Vad det ytterst handlar om är i stället hur information mellan aktörerna i en upphandling ska överföras elektroniskt.

Med den ovan beskrivna synen på regelkomplexet ligger det nära till hands att i stället bedöma användningen av elektroniska kataloger precis på samma sätt som användningen av t.ex. elektroniska formulär. Detta gäller inte minst då användningen av elektroniska kataloger enligt artiklarna framförallt tar sikte på formaten för elektroniska anbud och för överföringen av sådana anbud från anbudsgivaren till myndigheten eller enheten. Artikel 36.2 i LOU-direktivet och artikel 54.2 i LUF-direktivet föreskriver vidare att elektroniska kataloger ska uppfylla kraven för elektroniska medel för kommunikation enligt artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet.

De intressen som tillgodoses genom artiklarna om elektroniska kataloger tillgodoses enligt utredningen också genom en tillämpning av utredningens förslag till föreskrifter om kommunikation med hjälp av elektroniska medel (2–10 §§ i avsnitten 14.1 och 14.2). Effekterna av målsättningen enligt 2 § och skyldigheten enligt 4 § torde bli, att när så är möjligt kommer bl.a. elektroniska formulär att användas. Ett sådant formulär får dock i enlighet med grundtankarna bakom 3 § inte vara sådant att krav på dess användning innebär att leverantörer av kommunikationstekniska skäl är förhindrade att delta i en upphandling. Av 9 § i förslagen framgår att det åligger myndigheten eller enheten att lämna nödvändiga upplysningar för att formuläret ska kunna anlitas. Kraven på hur aktörerna i en upphandling kan eller ska förfara vid exempelvis användning av elektroniska formulär enligt reglerna om kommunikation och om elektroniska kataloger blir således desamma.

Ska regleringen av elektroniska kataloger genomföras genom särskilda bestämmelser i det svenska upphandlingsregelverket?

Enligt utredningens uppfattning står valet mellan att genomföra artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet, mer eller mindre ordagrant, genom särskilda föreskrifter i ämnet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom

försörjningssektorerna eller genom bestämmelser om kommunikation enligt det i avsnittet ovan tecknade alternativet.

Som har framgått väcker det förra alternativet vissa farhågor som hänger samman med tolkningen av begreppet elektroniska kataloger. I enlighet med den av utredningen valda arbetsmetoden (se avsnitt 1.3) är det inte aktuellt att i form av föreskrifter förtydliga eller begränsa vidden av begreppet elektroniska kataloger i den betydelse det har enligt upphandlingsdirektiven. Det medel som står till buds är i stället förtydliganden i motiven till utredningens förslag i form av en redovisning av tolkningsproblem och av anledningar till de val som utredningen har gjort.

När utredningen nu, som i denna särskilda situation, redan har föreslagit en reglering, nämligen den om kommunikation, som får samma resultat som bestämmelserna om elektroniska kataloger i 2014 års upphandlingsdirektiv, finns det en möjlighet att avvika från metoden att genomföra upphandlingsdirektiven genom direktivnära föreskrifter.

Mot denna bakgrund anser utredningen att artiklarna om elektroniska kataloger lämpligen bör genomföras genom föreskrifterna om kommunikation i de nya författningarna på upphandlingsområdet (se avsnitt 3.5.3). Det finns därför inte någon anledning att i de nya författningarna införa särskilda regler om elektroniska kataloger.

Förslag till lagtext – ett alternativ

Om artiklarna om elektroniska kataloger genomförs i svensk rätt genom särskilda föreskrifter i ämnet, trots utredningens bedömning ovan, så kan nedanstående argumentation och förslag utgöra grunden för sådana föreskrifter.

En tolkning av skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv – som i och för sig inte påverkar betänkligheterna ovan avseende genomförandet – ger vid handen att regleringen av elektroniska kataloger syftar till att påverka olika upphandlingsaktörers handlingsmönster, nämligen å ena sidan upphandlande myndigheter eller enheter och å andra sidan leverantörer. Skäl 55 i LOU-direktivet och skäl 66 i LUF-direktivet tar i första hand sikte på upphandlande myndigheter och enheter medan skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet i första hand riktar in sig på leverantörer.

Av skäl 55 i LOU-direktivet och skäl 66 i LUF-direktivet framgår att det är av vikt att de elektroniska formaten standardiseras. Ett område som särskilt lyfts fram är de elektroniska katalogerna. När det gäller dessa kataloger tyder uttalandena i skälen på att det har identifierats ett behov av ett system som för en upphandlande myndighet eller enhet begränsar urvalet av katalogformat. Skälen får vidare anses uttrycka att det är önskvärt att detta behov tillgodoses med en reglering som anvisar att en upphandlande myndighet eller enhet ska använda sådana format för katalogerna att formaten i någon mening får anses vara standardformat. Ett sådant format leder enligt skälen till att kompatibiliteten förbättras, effektiviteten höjs och leverantörernas insatser minskas. Som framgått bör regelverkets uppmaning i denna del riktas till upphandlande myndigheter och enheter.

I skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet riktas intresset primärt mot leverantörerna. I skälen erinras om att elektroniska kataloger bidrar till att öka konkurrensen och effektiviteten vid en upphandling. Av skälen framgår att de leverantörer som deltar i en upphandling bör ansvara för att de i katalogformat efterfrågade uppgifterna lämnas i det format som gäller för upphandlingen. Skälen i denna del ger alltså stöd för en regel som innebär en skyldighet för en leverantör att tillse att de uppgifter som efterfrågas från leverantören, kan lämnas i det format som används i upphandlingen. Av denna skyldighet följer bl.a. att internt elektroniskt lagrade uppgifter hos en leverantör, kan behöva anpassas av leverantören för att kunna lämnas i det format som föreskrivs för upphandlingen. Sådana regler medverkar enligt skälen till att formaten som används står i överensstämmelse med upphandlingsdirektiven och med principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. Som framgått bör reglerna i denna del riktas till leverantörerna.

Med ledning av ovanstående analys av skälen och med hänsyn till utformningen av artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet bör enligt utredningens mening följande fyra huvuddrag finnas i den svenska regleringen.

För det första bör det av bestämmelserna framgå att en elektronisk katalog är ett elektroniskt format bland flera andra sådana format för kommunikation. Därigenom blir det tydligt att det generella regelverket om kommunikation är tillämpligt också vid användningen av en elektronisk katalog. Med en sådan tydlighet

behöver regleringen om elektroniska kataloger inte tyngas i onödan med det som redan följer av kommunikationsbestämmelserna.

För det andra bör det i bestämmelserna klargöras hur artiklarnas tre begrepp anbud, elektroniska kataloger och andra handlingar förhåller sig till varandra. Enligt utredningen bör först begreppen anbud och elektroniska kataloger analyseras.

Problemet med begreppen anbud och elektroniska kataloger är att det ter sig oklart hur de förhåller sig till varandra. Det synes å ena sidan vara nödvändigt att en elektronisk katalog ska innehålla sådana element att den samtidigt är att betrakta som ett anbud ("i form av en elektronisk katalog" enligt artikel 36.1 första stycket, 36.3, 36.4 och 36.6 första stycket i LOU-direktivet och artikel 54.1 första stycket, 54.3, 54.4 och 54.6 första stycket i LUF-direktivet) och å andra sidan vara tillräckligt att det till ett anbud fogas en elektronisk katalog ("innefatta en elektronisk katalog" enligt artikel 36.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 54.1 första stycket i LUF-direktivet). Hur nyss nämnda formuleringar – "i form av en elektronisk katalog" och "innefatta en elektronisk katalog" – används i artiklarna leder vidare till vissa tveksamheter om regleringens tillämplighet. Tekniken i artiklarna kan ge intryck av att punkterna 3, 4 och 6 uteslutande gäller för en elektronisk katalog som inrymmer sådana komponenter att de också är att betrakta som ett anbud och att en elektronisk katalog som är fogad till ett anbud enbart omfattas av punkt 1.

För att ovan beskrivna motsägelser inte ska leda till ett osammanhängande regelverk i fråga om elektroniska kataloger, bör utgångspunkten enligt utredningen vara att det för tillämpningen av regleringen i dess helhet är egalt om ett anbud så att säga ingår i en elektronisk katalog eller om en elektronisk katalog har fogats till ett anbud. Den förra varianten innebär vidare i praktiken ett krav på elektroniskt format både för de uppgifter som konstituerar ett anbud och för de som ingår i en katalog i traditionell bemärkelse. Att ett anbud inom ramen för det senare alternativet också kan sägas omfattas av ett krav på elektroniskt format, är dock inte självklart. Enligt utredningen ter det sig ändå rimligt att tolka regelverket på det sättet att det i grunden förutsätter att såväl anbudet som kataloguppgifterna lämnas i ett elektroniskt format.

När det gäller begreppet andra handlingar tycks det enligt utredningen inte finnas några krav i fråga om format. Det skulle således innebära att andra handlingar än anbud och elektroniska kataloger kan lämnas i valfri form.

För det tredje bör bestämmelserna medge att uppgifterna i katalogerna uppdateras. Det innebär att det format som används för en elektronisk katalog måste kunna fungera när uppdatering tillämpas enligt någon av de två metoder som anges i artiklarna.

För det fjärde bör bestämmelserna i dess helhet återspegla systematiken som gäller i övrigt enligt regelverket i fråga om vem som företar vilka rättshandlingar. En av de grundläggande distinktionerna är därvid att det är en upphandlande myndighet eller enhet som inforrdar anbud och en leverantör som lämnar ett anbud.

Såvitt gäller möjligheten att göra användningen av elektroniska kataloger obligatorisk för vissa typer av upphandlingar (artikel 36.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 54.1 andra stycket i LUF-direktivet), bedömer utredningen att det saknas anledning att utnyttja denna möjlighet. Enligt utredningens mening är de upphandlande myndigheterna och enheterna bäst skickade att från fall till fall bedöma bl.a. e-mognadsgraden på den aktuella marknaden och därefter avgöra om elektroniska kataloger ska användas eller ej i en specifik upphandling.

I fråga om elektroniska kataloger i dynamiska inköpssystem noterar utredningen att sådana system enligt artikel 34 i LOU-direktivet och artikel 52 i LUF-direktivet per definition ska drivas som helt elektroniska processer. Mot den bakgrunden framstår det inte som lämpligt att för de dynamiska inköpssystemen ha särskilda regler om elektroniska kataloger som placeras i avsnittet om elektroniska kataloger de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Systematiskt bör frågorna om elektroniska kataloger i stället hanteras i anslutning till bestämmelserna om dynamiska inköpssystem. De överväganden som ska göras i fråga om elektroniska kataloger och dynamiska inköpssystem bör därvid göras i ett sammanhang. Denna samlade bedömning görs lämpligen i samband med överväganden om hur artikel 34 i LOU-direktivet och artikel 52 i LUF-direktivet bör genomföras, vilka tillhör de artiklar som behandlas i departementspromemorian, Ds 2014:25.

Mot bakgrund av det ovan anförda menar utredningen att regelverket kan utformas enligt nedan och placeras i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna i ett kapitel som benämns *Dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och elektroniska kataloger*.

Elektroniska kataloger

Elektroniska kataloger, anbud och andra handlingar

X § En upphandlande myndighet/enhet får bestämma att uppgifter i en upphandling ska lämnas i form av en elektronisk katalog. Om en katalog ska uppdateras enligt Z §, ska katalogens format tillåta en sådan uppdatering. Reglerna om kommunikation med hjälp av elektroniska medel enligt 2–10 §§ gäller även elektroniska kataloger.

Om myndigheten/enheten bestämmer att uppgifter ska lämnas i form av en elektronisk katalog, ska även anbudet lämnas med elektroniska medel. En elektronisk katalog och ett anbud får kompletteras med andra handlingar.

När uppgifter ska lämnas i form av en elektronisk katalog och ett anbud ska lämnas med elektroniska medel, ska myndigheten/enheten ange detta i en annons.

Ramavtal

Y § En upphandlande myndighet/enhet får bestämma att en förnyad inbjudan att lämna anbud med tillämpning av villkoren i ett ramavtal, som har ingåtts i en upphandling där uppgifter lämnats i form av elektroniska kataloger, ska genomföras med hjälp av elektroniska kataloger som uppdateras enligt Z §.

Z § Myndigheten/enheten ska när katalogerna enligt Y § ska uppdateras antingen

1. uppmana de leverantörer som har ingått ramavtal med myndigheten/enheten att lämna in uppdaterade kataloger som har anpassats till den förnyade inbjudan, eller

2. meddela de leverantörer som har ingått ramavtal med myndigheten/enheten att uppgifterna som finns i den tidigare inlämnade elektroniska katalogen ska anpassas till den förnyade inbjudan.

Om myndigheten/enheten ska uppdatera katalogerna enligt första stycket 2, ska detta anges i upphandlingsdokumenten i den upphandling som lett till att ramavtalen har ingåtts.

XX § I ett meddelande enligt Z § första stycket 2 ska myndigheten/enheten ge leverantörerna möjlighet att inom viss lämplig tid uppdatera katalogerna, genom att ange dag och klockslag när uppgifterna kommer att samlas in, och att säga nej till en sådan insamling.

Innan myndigheten/enheten tilldelar ett kontrakt, ska den leverantör som lämnat ett anbud genom en anpassning till den förnyade inbjudan enligt Z § första stycket 2 bekräfta att anbudet inte innehåller några materiella felaktigheter.

5.3 Tillfällig gemensam upphandling

5.3.1 Nuvarande ordning

Definitionerna av upphandlande myndighet och enhet i 2004 års upphandlingsdirektiv finns i artikel 1.9 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 2 i 2004 års LUF-direktiv. Definitionen av upphandlande myndighet i 2004 års LOU-direktiv tar sikte på myndigheter och s.k. offentligrättsliga organ. Upphandlande myndighet i nämnda betydelse omfattas i sin tur av definitionen av upphandlande enhet i 2004 års LUF-direktiv. Definitionen av upphandlande enhet rymmer dock även s.k. offentliga företag och enheter som bedriver vissa i 2004 års LUF-direktiv närmare beskrivna verksamheter och som bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt.

Av de beskrivna definitionerna framgår att en sammanslutning av myndigheter eller offentligrättsliga organ också ingår i bestämningen upphandlande myndighet. Med tanke på hur definitionerna är uppbyggda, är de organ som ingår i en sammanslutning i sig själva också att klassificera som upphandlande myndigheter, i form av myndigheter eller offentligrättsliga organ. I 2004 års upphandlingsdirektiv finns dock inte några krav på att en sammanslutning ska ha någon viss juridisk form. Regleringen fordrar således inte att sammanslutningen kvalificeras som exempelvis en juridisk person. (Jfr Arrowsmith, S., *The law of public and utilities procurement*, 2. ed., 2005, s. 275–276.)

Följderna av att en konstellation uppfyller kriterierna för upphandlande myndighet eller enhet blir att en upphandling som genomförs av konstellationen omfattas av 2004 års LOU-direktiv eller 2004 års LUF-direktiv. Av direktiven framgår att definitionerna av upphandlande myndighet och enhet används som grundläggande bedömningsgrunder för direktivens tillämpningsområden.

Att upphandlande myndigheter och enheter kan samarbeta i olika former med varierande varaktighet framgår redan av definitionerna av offentliga kontrakt (artikel 1.2 a i 2004 års LOU-direktiv) och varu-, byggtreprenad- och tjänstekontrakt (artikel 1.2 a i 2004 års LUF-direktiv). Exempel på närmare reglering av sådana samarbeten finns i artiklarna om ramavtal och inköpscentraler (artiklarna 1.5, 1.10, 11 och 32 i 2004 års LOU-direktiv och artiklarna 1.4, 1.8, 14 och 29 i 2004 års LUF-direktiv). Det saknas dock i 2004 års upphandlingsdirektiv en allmän reglering som i likhet med artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 56 i LUF-direktivet uttryckligen tar sikte på

situationen att två eller flera upphandlande myndigheter eller enheter kommer överens om att samarbeta i en specifik upphandling. Även om situationen inte uttryckligen berörs i 2004 års upphandlingsdirektivs bestämmelser, hindrar regleringen inte sådana förfaranden.

I och med genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv är systematiken i nu aktuellt avseende i princip densamma i direktiven och i nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, även om begreppsbildningen på vissa punkter inte är helt identisk (jfr offentlighetsorgan/offentligt styrt organ och offentligt företag/anknutet företag). I likhet med direktiven saknas det i nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna allmänna regler om samarbete i en specifik upphandling.

5.3.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Skälen

I skäl 71 i LOU-direktivet och skäl 80 i LUF-direktivet finns överväganden som rör reglerna om tillfällig gemensam upphandling enligt artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 56 i LUF-direktivet.

Av skälen framgår att artiklarna har tillkommit med anledning av regleringen i 2014 års upphandlingsdirektiv av företeelserna centraliserade inköpsverksamheter och inköpscentraler (artiklarna 2.1.14, 2.1.16 och 37 i LOU-direktivet och artiklarna 2.10, 2.12 och 55 i LUF-direktivet). Då regleringen av nämnda företeelser tar sikte på verksamheter som bedrivs stadigvarande, faller en upphandling som genomförs gemensamt på mer tillfällig grund utanför bestämmelsernas tillämpningsområde. Det är dock enligt skälen av vikt att även tillfälliga samarbeten kommer till stånd. Sådan samverkan är enligt skälen av betydelse inte minst vid upphandlingar som omfattar innovativa projekt.

För att regelverket avseende centraliserade inköpsverksamheter och inköpscentraler inte ska hindra de tillfälliga samarbetena, krävs enligt skälen vissa klargöranden av vad som gäller för tillfällig gemensam upphandling. Av skälen framgår att dessa klargöranden ska ta hänsyn till de många varianter av upphandlingar där det finns mer eller mindre omfattande inslag av samverkan upphandlande myndigheter eller enheter emellan. I skälen uttrycks vidare att upphandlande myndigheter eller enheter ska fullgöra sina skyldigheter gemensamt enligt direktiven i de delar upphandlingen genomförs gemensamt.

Artiklarna

I artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 56 i LUF-direktivet finns reglerna om tillfällig gemensam upphandling. Artiklarna, som har utformats på samma sätt, är indelade i två punkter.

Enligt den *första punkten* får två eller flera upphandlande myndigheter eller enheter komma överens om att en upphandling ska genomföras gemensamt.

I *andra punkten* finns regler om vilket ansvar berörda upphandlande myndigheter eller enheter har vid en tillfällig gemensam upphandling.

I andra punktens första stycke regleras två olika situationer. För det första rör regleringen situationen när en upphandling i dess helhet genomförs i samtliga berörda myndigheters eller enheters namn och för dessas räkning. Under sådana omständigheter är de upphandlande myndigheterna eller enheterna gemensamt ansvariga för att skyldigheterna enligt direktiven iakttas. För det andra gäller bestämmelsen när en av myndigheterna eller enheterna administrerar förfarandet och samtidigt agerar för såväl egen som övriga berörda upphandlande myndigheters eller enheters räkning. Även i sådana situationer är de upphandlande myndigheterna eller enheterna gemensamt ansvariga för att skyldigheterna enligt direktiven iakttas.

Om samarbetet inte är i den ovan beskrivna omfattningen, är de berörda myndigheterna eller enheterna enligt andra stycket endast gemensamt ansvariga för de delar av upphandlingen som genomförs gemensamt. I en sådan upphandling åligger det berörda myndigheter eller enheter att i övriga delar var för sig fullgöra de skyldigheter som följer av direktiven.

Det kan i detta sammanhang noteras att definitionerna av upphandlande myndighet och enhet och dessas funktioner som grundläggande bedömningsgrunder för direktivens tillämpningsområden är desamma i 2004 års och 2014 års upphandlingsdirektiv (se artikel 2.1.1 och 2.1.4 i LOU-direktivet och artiklarna 3 och 4 i LUF-direktivet).

5.3.3 Överväganden

Utredningens bedömning: Bestämmelserna om tillfällig gemensam upphandling i artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 56 i LUF-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om tillfällig gemensam upphandling i den nya författningarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Skälen för utredningens bedömning

Enligt utredningens bedömning finns det inga regler i 2014 års upphandlingsdirektiv som hindrar sådana förfaringsätt som beskrivs i artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 56 i LUF-direktivet. Sådana gemensamma tillfälliga upphandlingar som avses i artiklarna kan således komma till stånd utan några särskilda regler i ämnet.

Även om reglerna i 2014 års upphandlingsdirektiv inte hindrar gemensamma tillfälliga upphandlingar, kan ändå ett lagfästade få effekter i form av bl.a. ett ökat samarbete vid upphandlingar som omfattar innovativa projekt. En grundläggande förutsättning för att sådana effekter över huvud taget ska kunna uppnås är dock att regleringen klart och tydligt anvisar det som gäller. I annat fall riskerar ett lagfästade av bestämmelserna att snarare bli ett hinder.

I en gemensam tillfällig upphandling ansvarar enligt artiklarna samtliga berörda upphandlande myndigheter eller enheter för att skyldigheterna enligt upphandlingsdirektiven iakttas. Av regleringen följer således att samtliga inblandade myndigheter eller enheter ska se till att direktivens krav uppfylls. Vad detta ansvar innebär i praktiken berörs inte närmare vare sig i skälen eller i artiklarna i direktiven.

En tillämpning enligt artiklarnas ordalydelse ger enligt utredningens mening inte något annat resultat än att ansvaret innebär att samtliga berörda myndigheter eller enheter ska vidta de faktiska åtgärder som följer av regelverket. Det skulle i så fall innebära att samtliga inblandade myndigheter eller enheter är skyldiga att själva bl.a. offentliggöra upphandlingsmeddelanden och meddelanden om kontraktstilldelning. En tillämpning enligt artiklarnas ordalydelse leder således till att en tillfällig gemensam upphandling på vissa centrala punkter i själva verket inte skiljer sig från situationen att

de berörda myndigheterna eller enheterna väljer att upphandla själva var för sig.

Det bör även framhållas att ansvarsfördelningen enligt första stycket i andra punkten i artiklarna närmast ger intryck av att varje berörd upphandlande myndighet eller enhet ansvarar i förhållande till upphandlingsföremålet i dess helhet. Regleringen tycks således inte ta hänsyn till att respektive myndighets eller enhets kontrakt kan omfatta endast en del av det som upphandlas totalt.

Det utredningen har pekat på ovan i fråga om en tillämpning enligt artiklarnas ordalydelse och ansvarsfördelningen väcker frågor om vad som avses med begreppet tillfällig gemensam upphandling. Dessa frågetecken kan enligt utredningens mening inte rätas ut genom förtydliganden i skälen till utredningens förslag i form av en redovisning av tolkningsproblem och av anledningar till de val som utredningen gör. Nödvändiga förtydliganden skulle enligt utredningens uppfattning närmast gå stick i stäv med artiklarnas ordalydelse och därför bli verkningslösa.

Mot bakgrund av att sådana tillfälliga gemensamma upphandlingar som avses i artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 56 i LUF-direktivet inte hindras av regelverket i övrigt, finns det enligt utredningens mening ett utrymme för att vid genomförandet av upphandlingsdirektiven inte meddela några särskilda föreskrifter på den punkten. Då ett genomförande av artiklarna närmast kan få negativa konsekvenser enligt det ovan anförda, framstår lösningen att inte genomföra dem genom särskilda bestämmelser som ett lämpligt alternativ. Mot denna bakgrund bedömer utredningen att artiklarna inte bör genomföras genom särskilda bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Som utredningen redan har konstaterat innebär detta emellertid inte att upphandlingsregelverket hindrar tillfälliga gemensamma upphandlingar.

Ett alternativ till utredningens val är att mer eller mindre ordagrant genomföra artiklarna genom föreskrifter i lag. Om artiklarna genomförs, trots utredningens bedömning ovan, kan det göras genom en paragraf som placeras i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna i kapitlet Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling under rubriken *Tillfällig gemensam upphandling* och som ges en utformning enligt nedan.

En upphandlande myndighet/enhet får träffa en överenskommelse med en eller flera upphandlande myndigheter/enheter om att de ska genomföra en eller flera offentliga upphandlingar/upphandlingar helt eller delvis i samarbete.

Vid en offentlig upphandling/upphandling som genomförs helt i samarbete enligt första stycket ansvarar de upphandlande myndigheterna/enheterna gemensamt för att skyldigheterna enligt denna lag uppfylls,

1. om upphandlingen genomförs för de upphandlande myndigheternas/enheternas räkning och i deras namn, eller

2. om en av de upphandlande myndigheterna/enheterna administrerar upphandlingen och då agerar för egen och de andra upphandlande myndigheternas/enheternas räkning.

Vid en offentlig upphandling/upphandling som genomförs delvis i samarbete enligt första stycket ansvarar de upphandlande myndigheterna/enheterna gemensamt för att skyldigheterna enligt denna lag uppfylls i de delar upphandlingen genomförs i samarbete, om upphandlingen genomförs för de upphandlande myndigheternas/enheternas räkning och i deras namn. För de delar av den offentliga upphandlingen/upphandlingen som den upphandlande myndigheten/enheten genomför för egen räkning och i eget namn, ansvarar den själv för att skyldigheterna enligt denna lag uppfylls.

5.4 Upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter/enheter från olika medlemsstater

5.4.1 Nuvarande ordning

Som har konstaterats i avsnitt 5.3.1 kan upphandlande myndigheter och enheter samarbeta med andra myndigheter och enheter i olika former och med varierande varaktighet. Detta framgår redan av definitionerna av offentliga kontrakt (artikel 1.2 a i 2004 års LOU-direktiv) och av varu-, tjänste- och byggtreprenadkontrakt (artikel 1.2 a i 2004 års LUF-direktiv). Huruvida myndigheterna eller enheterna som samarbetar har sitt säte i en och samma eller flera olika medlemsstater saknar betydelse för denna möjlighet. Varken 2004 års upphandlingsdirektiv eller nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna hindrar sålunda ett gränsöverskridande samarbete myndigheter eller enheter emellan. I 2004 års upphandlingsdirektiv saknas dock en reglering som i likhet med artikel 39 i LOU-direktivet och artikel 57 i LUF-direktivet uttryckligen tar sikte på situationen att

två eller flera upphandlande myndigheter eller enheter från olika medlemsstater agerar gemensamt.

När det gäller förutsättningar i allmänhet för offentliga organ i olika medlemsstater att samarbeta över gränserna bör nämnas Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1082/2006 av den 5 juli 2006 om en europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS). Med stöd av EGTS-förordningen kan medlemsstater, regionala myndigheter, lokala myndigheter och offentligrättsliga organ, i den mening som avses enligt artikel 1.9 andra stycket i 2004 års LOU-direktiv, bilda en s.k. europeisk gruppering för territoriellt samarbete. Grupperingen ska bestå av medlemmar som finns på minst två medlemsstaters territorium och anses ha status som juridisk person. Det enda målet med samarbetet mellan medlemmarna inom ramen för grupperingen ska enligt artikel 1.2 i EGTS-förordningen vara att stärka den ekonomiska och sociala sammanhållningen. En grupperings främsta uppgifter ska enligt artikel 7.3 första stycket i EGTS-förordningen begränsas till genomförande av program eller projekt för territoriellt samarbete som medfinansieras av gemenskapen genom Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden eller Sammanhållningsfonden. En gruppering får vidare enligt artikel 7.3 andra stycket i EGTS-förordningen genomföra andra särskilda åtgärder för att uppnå det mål som avses i artikel 1.2 med eller utan ekonomiskt bidrag från gemenskapen.

I fråga om tillämpliga regler såvitt gäller de civilrättsliga momenten i en upphandling som genomförs inom ramen för ett gränsöverskridande samarbete, är Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) av intresse. Enligt artikel 1.1 i Rom I-förordningen tillämpas förordningen på avtalsförpliktelser på privaträttens område i situationer som innebär lagkonflikt. I samma artikel förtydligas att förordningen inte ska tillämpas på förvaltningsrättsliga frågor. Grundtanken med förordningen är att parterna får avtala om vilken lag som ska tillämpas på ett privaträttsligt avtal (se skäl 11 och artikel 3 i Rom I-förordningen). Om frågan om tillämpliga regler i stället gäller utomobligatoriska förpliktelser, så kan lösningen på frågan i regel sökas i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II).

Vad gäller behörigheten att överpröva en upphandling för svenska domstolar i förhållande till domstolar och andra pröv-

ningsorgan i andra medlemsstater, finns det anledning att beröra regleringen i nuvarande 16 kap 5 § i både LOU och LUF. Enligt paragraferna ska en ansökan om överprövning göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist. Nämnade bestämmelser får antas förutsätta att en behörig förvaltningsrätt också är behörig enligt samma bestämmelser i förhållande till andra medlemsstaters domstolar eller prövningsorgan (jfr RÅ 2006 ref. 36). Det föreligger sålunda i en sådan situation svensk domsrätt. Ett sådant resonemang kan också föras beträffande 17 kap. 3 § i samma lagar och 10 kap. 8 § RB. För frågan om domsrätt i relation till det senare lagrummet finns dock internationella processrättsliga bestämmelser att beakta. Av dessa torde framförallt aktualiseras reglerna i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, den s.k. Bryssel I-förordningen.

5.4.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Skälen

I skäl 73 i LOU-direktivet och skäl 82 i LUF-direktivet finns överväganden som rör regleringen avseende upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter eller enheter från olika medlemsstater enligt artikel 39 i LOU-direktivet och artikel 57 i LUF-direktivet. I dessa skäl anförs att varken 2004 års LOU-direktiv eller 2004 års LUF-direktiv hindrar gränsöverskridande samarbete upphandlande myndigheter eller enheter emellan. Enligt skälen ställs myndigheter och enheter likväl inför stora juridiska och praktiska svårigheter när de önskar utnyttja en inköpscentral i en annan medlemsstat eller genomföra en gränsöverskridande gemensam upphandling.

De ovan beskrivna svårigheterna hindrar enligt skälen att den fulla potentialen av den inre marknaden utnyttjas. Enligt skälen kan varken stordriftsfördelar eller möjligheterna att fördela risk och nytta mellan flera aktörer tas tillvara. Det senare gäller enligt skälen inte minst innovativa projekt. Dessa svårigheter bör enligt skälen undanröjas.

Mot den ovan beskrivna bakgrunden bör det enligt skälen införas bestämmelser som dels underlättar gränsöverskridande samarbete upphandlande myndigheter eller enheter emellan, dels tillvaratar fördelarna med den inre marknaden genom att skapa gränsöverskridande affärsmöjligheter för varu- och tjänsteleverantörer. Dessa regler bör enligt skälen komplettera bestämmelserna om lagval i Rom I-förordningen och fastställa tillämplig upphandlingslag inklusive tillämplig lag i fråga om rättsmedel.

Avslutningsvis framhålls i skälen att möjligheterna med gemensam gränsöverskridande upphandling inte får användas i syfte att kringgå tvingande lagregler. Exempel på sådana bestämmelser är enligt skälen bestämmelser om öppenhet och tillgång till handlingar och om särskilda krav att vissa varor ska vara spårbara.

Artiklarna

I artikel 39 i LOU-direktivet och artikel 57 i LUF-direktivet finns bestämmelserna om upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter/enheter från olika medlemsstater. Regleringen är indelad i fem punkter.

I den *första punkten* förtydligas att upphandlande myndigheter eller enheter får agera gemensamt vid tilldelning av kontrakt genom att förfara i enlighet med bestämmelserna i övrigt i artikel 39 i LOU-direktivet och artikel 57 i LUF-direktivet. Som framgår nedan anvisar artiklarna i princip tre olika metoder som en myndighet eller enhet kan använda sig av vid gränsöverskridande gemensam upphandling.

Möjligheterna att tillämpa artiklarnas metoder får enligt första punkten inte utnyttjas av en myndighet eller enhet i syfte att kringgå nationella tvingande lagregler som annars skulle ha varit tillämpliga. Detta gäller dock enbart för sådan nationell lagstiftning som står i överensstämmelse med unionsrätten.

Den första metoden innebär enligt *andra punkten* att en myndighet eller enhet får anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral som är belägen i en annan medlemsstat än den i vilken myndigheten eller enheten har sin hemvist. Av regleringen följer att en medlemsstat kan välja att begränsa myndigheternas eller enheternas valmöjligheter när det gäller vilken typ av inköpscentral i andra medlemsstater som myndigheterna eller enheterna kan vända sig till. Som framgår av artikel 2.1.14 och 2.1.16 i LOU-direktivet och artikel 2.10 och

2.12 i LUF-direktivet medger direktiven två huvudtyper av centraliserad inköpsverksamhet med hjälp av inköpscentraler. Regleringen i artikel 39.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 57.2 andra stycket i LUF-direktivet medger sålunda att möjligheten begränsas antingen till den ena eller den andra huvudtypen (ordvalet ”och” mellan de båda omnämnda leden i artikel 39.2 andra stycket i LOU-direktivet synes vara en felöversättning).

Av *tredje punkten* framgår att den inköpscentral som anlitas av myndigheten eller enheten ska agera i enlighet med de nationella bestämmelser som gäller i den stat där inköpscentralen är belägen. Av de tre leden i punkten i LOU-direktivet och de två leden i punkten i LUF-direktivet följer vidare att detsamma gäller för vissa angivna åtgärder som en myndighet eller enhet själv vidtar vid anskaffning med hjälp av en inköpscentral. Det senare innebär sålunda att en myndighets eller enhets ansvar enligt artikel 37.2 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 55.2 tredje stycket i LUF-direktivet får bedömas enligt de bestämmelser som gäller i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen.

I den *fjärde punkten* finns bestämmelser om den andra metoden. Av dessa följer att upphandlande myndigheter eller enheter från olika medlemsstater gemensamt kan tilldela kontrakt, ingå ramavtal eller driva ett dynamiskt inköpssystem.

Enligt punktens ordalydelse kan en myndighet eller enhet även tilldela kontrakt som grundar sig på det gemensamt drivna dynamiska inköpssystemet eller på det ramavtal som har ingåtts gemensamt. Den tilldelning som bestämmelsen i denna del syftar på är inte gemensam. Bestämmelsen klargör endast att en myndighet eller enhet som tillsammans med andra myndigheter eller enheter gemensamt driver ett dynamiskt inköpssystem eller har ingått ett ramavtal också kan tilldela kontrakt på grundval av sådana. Av första meningen i punktens andra stycke följer dessutom att en myndighets eller enhets inköp som vilar på ett sådant inköpssystem eller ramavtal är direktivenligt. Det innebär med andra ord att eventuella brister i ett dynamiskt inköpssystem eller ramavtal inte medför att inköp grundade på ett sådant system eller ramavtal per automatik inte kan anses stå i överensstämmelse med upphandlingsdirektiven.

Regleringen i *fjärde punkten* innehåller dessutom lagvalsregler. Av dessa framgår att upphandlingsdirektivens bestämmelser i ämnet ska tillämpas om nödvändiga moment i detta hänseende inte följer av en internationell överenskommelse mellan berörda medlemsstater.

Om en sådan överenskommelse inte finns, så ålägger punktens bestämmelser deltagande upphandlande myndigheter eller enheter att träffa ett avtal som fastslår vad som ska gälla på vissa områden som följer av de två leden i första stycket i punkten.

I det första ledet anges följande. "Parternas ansvarsområden och de relevanta nationella bestämmelser som är tillämpliga på dessa." Ordet "parterna" får i sammanhanget antas avse de upphandlande myndigheter eller enheter som deltar i samarbetet och som därför är skyldiga att ingå ett avtal enligt stycket ovan.

Av det andra ledet följer att det ska fastställas hur förfarandet internt mellan deltagande myndigheter eller enheter ska organiseras, hur det som upphandlas ska fördelas mellan deltagande myndigheter eller enheter och hur kontrakt ska ingås.

Punktens andra stycke avslutas med närmare anvisningar om hur bestämmelserna i det första ledet i första stycket bör tillämpas. Enligt anvisningarna i andra stycket kan ansvaret fördelas mellan flera myndigheter eller enheter. Vidare får det av ordalydelsen anses följa att valet av tillämplig lag begränsas till den lagstiftning som gäller i åtminstone en av de medlemsstater där minst en av de deltagande myndigheterna eller enheterna är belägen. Det föreskrivs avslutningsvis att ansvarsfördelningen och tillämplig nationell rätt ska anges i de upphandlingsdokument som används i förfarandet att tilldela ett gemensamt kontrakt. Huruvida sådan information inte behöver lämnas när det handlar om att gemensamt driva ett dynamiskt inköpssystem eller ingå ett ramavtal framstår mot bakgrund av ordalydelsen som oklart.

Den tredje och sista metoden som en myndighet eller enhet kan använda sig av vid gränsöverskridande gemensam upphandling regleras i *femte punkten*. Av punkten framgår att det rör sig om upphandling genom en s.k. gemensam enhet som har upprättats av upphandlande myndigheter eller enheter från olika medlemsstater.

Deltagande upphandlande myndigheter eller enheter ska genom ett beslut som fattas av den gemensamma enheten komma överens om vilka nationella upphandlingsregler som ska vara tillämpliga. För valet av tillämplig lagstiftning står två alternativ till buds. Tillämplig lagstiftning ska vara den som gäller i den medlemsstat där den gemensamma enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver sin verksamhet. Överenskommelsen om tillämplig lag kan gälla antingen tills vidare, om detta anges när den gemensamma enheten bildas, eller för viss tidsperiod, för vissa typer av kontrakt eller för en eller fler enskilda tilldelningar av kontrakt.

När det gäller den närmare betydelsen av begreppet gemensam enhet, kan noteras att begreppet innefattar enheter som har inrättats enligt unionsrätten. Som uttryckligt exempel nämns i punkten EGTS-förordningen. Begreppet gemensam enhet tycks dock kunna innefatta också andra enhetskonstruktioner.

Regleringen innehåller inte några särskilda bestämmelser om krav i fråga om vilken rättslig status en sådan gemensam enhet ska ha som inte har inrättats enligt EGTS-förordningen eller unionsrätten i övrigt. De enda kraven utöver de i punkten föreskrivna och som i någon mening rör frågan om en gemensam enhets status, blir sålunda de krav som ställs på deltagande upphandlande myndigheter eller enheter. Med andra ord att de som deltar ska antingen vara upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter.

5.4.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter och enheter från olika medlemsstater i artikel 39 i LOU-direktivet och artikel 57 i LUF-direktivet ska genomföras i svensk rätt genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Gränsöverskridande gemensam upphandling

Regleringen i 2014 års upphandlingsdirektiv utöver artikel 39 i LOU-direktivet och artikel 57 i LUF-direktivet hindrar enligt utredningens mening inte att sådana gemensamma upphandlingar genomförs som avses i nämnda artiklar. Från formella utgångspunkter kan alltså det som ska uppnås med bestämmelserna enligt artiklarna uppnås utan några särskilda regler i ämnet.

De invändningar emot ett genomförande av särskilda bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling som utredningen har framfört i avsnitt 5.3.3 kan sålunda göras gällande även här. I avsnitt 5.3.3 har sådana invändningar föranlett utredningen att inte föreslå några särskilda bestämmelser för genomförande av artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 56 i LUF-direktivet. Nu aktuella artiklar, artikel 39 i LOU-direktivet och artikel 57 i LUF-direktivet, avser

dock att reglera ytterligare led i en gemensam upphandling. Enligt utredningen motiverar därvid samarbetets gränsöverskridande moment och behovet av klargörande när det gäller tillämpliga bestämmelser i sådana situationer, att en annan slutsats bör dras än den i avsnitt 5.3.3. Även om reglerna i 2014 års upphandlingsdirektiv i övrigt inte hindrar gemensamma upphandlingar enligt artikel 39 i LOU-direktivet och artikel 57 i LUF-direktivet, så bör enligt utredningens mening nämnda artiklar genomföras genom särskilda föreskrifter. Då bestämmelserna i artiklarna rör gemensam upphandling, bör reglerna samlas under rubriken Gränsöverskridande gemensam upphandling i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Artiklarna om gränsöverskridande gemensam upphandling i 2014 års upphandlingsdirektiv anvisar som har framgått tre olika metoder för sådan upphandling. Huruvida artiklarnas reglering hindrar annat gränsöverskridande samarbete, exempelvis i form av elektroniska auktioner eller kvalificeringssystem, är oklart. Såvitt utredningen kan bedöma är dock ändamålet med artiklarna inte att förhindra samarbeten som inte omnämns i artiklarna. Artiklarna syftar endast till att reglera hur en myndighet eller enhet ska förfara om den väljer att anlita någon av de tre metoderna. Om en myndighet eller enhet önskar bedriva samarbete enligt någon annan metod än de tre uppräknade enligt upphandlingsdirektiven, så hindrar regelverket inte detta så länge samarbetet står i överensstämmelse med upphandlingsdirektivens bestämmelser i övrigt.

Metod 1 – inköpscentraler

Metod 1 medger att en upphandlande myndighet eller enhet anskaffar från en inköpscentral som erbjuder centraliserad inköpsverksamhet och som inte är belägen i samma medlemsstat som myndigheten eller enheten. Som har framgått kan medlemsstaterna välja att begränsa myndigheternas eller enheternas valmöjligheter när det gäller vilken huvudtyp av inköpscentral som ska få anlitas.

I nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna har endast en av huvudtyperna genomförts. Den s.k. grossistfunktionen har hittills inte genomförts i Sverige (se prop. 2009/10:180 s. 262–264). Hur Sverige nu väljer att genomföra regleringen om inköpscentraler enligt 2014 års upphandlingsdirektiv (se artikel 2.1.14 och 2.1.16 i LOU-direktivet

och artikel 2.10 och 2.12 i LUF-direktivet, artikel 37 i LOU-direktivet och artikel 55 i LUF-direktivet) saknar dock enligt utredningen betydelse för vilken typ av inköpscentral en myndighet eller enhet i detta sammanhang ska tillåtas anlita.

När en inköpscentral är etablerad enligt bestämmelserna i en annan medlemsstat än Sverige, finns det enligt utredningens mening ingen anledning att begränsa en svensk myndighets eller enhets valmöjligheter i fråga om vilken typ av inköpscentral det får röra sig om. Denna möjlighet som upphandlingsdirektiven, artikel 39.2 i LOU-direktivet och artikel 57.2 i LUF-direktivet, erbjuder bör således inte utnyttjas.

Metod 2 – gemensamt tilldela kontrakt, ingå ramavtal eller driva dynamiskt inköpssystem

Lagvalsregler

Metod 2, som regleras i artikel 39.4 i LOU-direktivet och artikel 57.4 i LUF-direktivet, tar sikte på att upphandlande myndigheter eller enheter gemensamt vidtar upphandlingsåtgärder. För att råda bot på den osäkerhet som anses föreligga vid gemensamma upphandlingar av nu aktuellt slag när det gäller tillämplig lag, innehåller regleringen särskilda lagvalsregler.

En tolkning av artiklarnas ordalydelser ger enligt utredningens mening vid handen att tillämplig lag normalt sett bör bestämmas genom överenskommelser mellan berörda medlemsstater. Lagvalsreglerna i leden a och b i första stycket och i andra stycket i ovan nämnda punkter kan dock bli tillämpliga i undantagsfall, dvs. när de nödvändiga delarna för de gemensamma upphandlingsåtgärderna inte har bestämts genom en sådan nyss nämnd överenskommelse.

Vad som avses med ”nödvändiga delar”, och som därmed styr när lagvalsregleringen blir tillämplig, är något oklart. Enligt utredningens mening kan det dock antas att leden a och b i första stycket även ger uttryck för vad som är nödvändigt i en överenskommelse mellan berörda medlemsstater. Utgångspunkten för ett samarbete genom gemensamma upphandlingsåtgärder är sålunda att ”nödvändiga delar” för samarbetet som de kommer till uttryck i leden a och b ska bestämmas genom en överenskommelse mellan i första hand berörda medlemsstater och i andra hand berörda upphandlande myndigheter eller enheter. Den närmare innebörden av bestämmelserna enligt leden a och b får alltså med utredningens

synsätt betydelse för hur en överenskommelse ska utformas mellan såväl medlemsstater som myndigheter eller enheter.

Tre aspekter på bestämmandet av tillämpliga relevanta nationella bestämmelser

Regleringen enligt ovan berörda led får ytterst anses ge uttryck för att en leverantörs möjligheter att bedöma förutsättningarna för att delta och tilldelas kontrakt i en upphandling inte ska påverkas av att det rör sig om gränsöverskridande gemensamma upphandlingsåtgärder. Detta bör enligt utredningen vara vägledande när medlemsstater, myndigheter eller enheter träffar en överenskommelse om gemensamma upphandlingsåtgärder.

Det finns dock enligt utredningen anledning att ytterligare kommentera tre aspekter på bestämmandet av tillämpliga relevanta nationella regler inom ramen för en överenskommelse om gemensamma upphandlingsåtgärder. *För det första* bör det beröras hur begreppet tillämpliga relevanta nationella bestämmelser förhåller sig till de avtals- eller kontraktsrättsliga relationerna mellan leverantörerna och de upphandlande myndigheterna eller enheterna. *För det andra* aktualiserar begreppet tillämpliga relevanta nationella bestämmelser frågan om det är tillåtet att skapa en heltäckande reglering för samarbetet genom att göra olika delar av olika medlemsstaters upphandlingsregelverk tillämpliga. *För det tredje* bör det behandlas vilken betydelse begreppet tillämpliga relevanta nationella bestämmelser bör ha beträffande tillämpliga rättsmedelsregler.

Den första aspekten – avtals- och kontraktsrättsliga relationer

Begreppet tillämpliga relevanta nationella bestämmelser väcker frågan om de avtals- eller kontraktsrättsliga relationerna mellan leverantörerna och de upphandlande myndigheterna eller enheterna omfattas av vad som i sammanhanget ska anses vara relevanta nationella bestämmelser. Med relevanta nationella bestämmelser avses rimligen i detta sammanhang enbart bestämmelser om hur en myndighet eller enhet ska förfara vid upphandling, dvs. de regler som enligt upphandlingsdirektiven syftar till att samordna upphandlingsförfarandena i medlemsstaterna. Det handlar alltså om att det av en överenskommelse ska framgå vilken medlemsstats upphandlingsregelverk som ska tillämpas.

Vilken information som under en upphandling ska lämnas i fråga om avtals- eller kontraktsrättsliga förhållanden beträffande upphandlingsföremålet styrs av det upphandlingsregelverk som

enligt överenskommelsen har gjorts tillämpligt för upphandlingen. I så måtto skiljer sig situationen inte nämnvärt från den som uppstår när en leverantör väljer att delta i en upphandling i en annan medlemsstat än den där leverantören har sin hemvist.

Den andra aspekten – olika delar av olika medlemsstaters upphandlingsregelverk

Begreppet tillämpliga relevanta nationella bestämmelser aktualiserar frågan om det är tillåtet att skapa en heltäckande reglering för samarbetet genom att göra olika delar av olika medlemsstaters upphandlingsregelverk tillämpliga. Ordalagen i artikel 39.4 första stycket a och andra stycket andra meningen i LOU-direktivet och artikel 57.4 första stycket a och andra stycket andra meningen i LUF-direktivet ger möjligen ett stöd för uppfattningen att en sådan ordning kan godtas. Även om medlemsstaternas upphandlingsreglering är samordnad med upphandlingsdirektiven som grund, är det likväl svårt att överblicka vilka konsekvenserna blir om tillämpligt regelverk är resultatet av att delar från olika medlemsstaters upphandlingsregelverk sätts samman för ett specifikt samarbete. Ur en leverantörs synvinkel skulle ett sådant för ett specifikt tillfälle särskilt tillskapat regelverk snarare bidra till att försvåra leverantörens bedömning beträffande deltagande i upphandlingen. Ordningen skulle sålunda motverka ändamålet att artiklarnas bestämmelser ska bidra till att den inre marknadens potential utnyttjas effektivare. Det alternativ som därmed återstår är att valmöjligheten gäller en medlemsstats upphandlingsregelverk i dess helhet.

Slutsatsen blir således att upphandlingsdirektiven inte medger att delar av olika medlemsstaters regelverk görs tillämpliga.

Den tredje aspekten – rättsmedel

I fråga om tillämpliga relevanta nationella bestämmelser bör det behandlas vilken betydelse begreppet bör ha beträffande tillämpliga rättsmedelsregler. För denna fråga är det av intresse huruvida upphandlingsdirektiven över huvud taget reglerar frågan om vilken medlemsstats rättsmedelsregelverk som ska tillämpas.

Som har framgått har EU-lagstiftaren i skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv uttalat att lagvalsbestämmelserna även ska tillämpas såvitt avser tillämplig lag i fråga om rättsmedel. Redan mot bakgrund av att upphandlingsdirektiven enbart syftar till att samordna upphandlingsförfarandena i medlemsstaterna och inte

rättsmedlen, finns det enligt utredningen anledning att överväga vad som avses med uttalandena i skälen. Om det dessutom beaktas att frågor om prövning av upphandlingar regleras i särskilda rättsmedelsdirektiv (rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten [första rättsmedelsdirektivet] och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport och telekommunikationssektorerna [andra rättsmedelsdirektivet]), så finns det ytterligare skäl som manar till försiktighet när det gäller hur uttalandena i skälen bör tolkas.

Till det ovan sagda kan vidare läggas att ordvalet ”relevanta nationella bestämmelser som är tillämpliga på dessa” knappast kan tjäna som vägledning i frågan om upphandlingsdirektiven på aktuellt område ska utsträckas till att omfatta även rättsmedlen. Formuleringen ger närmast stöd för att det rör sig om för samarbetet mellan myndigheterna eller enheterna relevanta bestämmelser. Frågan om tillämpligt rättsmedelsregelverk kan enligt utredningen inte anses ha något att göra med det faktiska samarbetet mellan myndigheterna eller enheterna.

Av det hittills anförda följer att det kan riktas invändningar emot såväl uttalandena i skälen som utformningen av artikel 39.4 första stycket a i LOU-direktivet och artikel 57.4 första stycket a i LUF-direktivet när det gäller frågan om huruvida upphandlingsdirektiven reglerar tillämpligt rättsmedelsregelverk. Likväl får det antas att EU-lagstiftaren har önskat få till stånd en ordning där valet av tillämpliga upphandlingsregler även får konsekvenser för tillämpligt rättsmedelsregelverk. En ordning som innebär att de organ som tillhandahåller rättsmedel i en medlemsstat prövar en upphandling enligt en annan medlemsstats upphandlingsregler torde knappast tjäna EU-lagstiftarens syfte med regleringen.

Med utgångspunkt från de svenska reglerna om ansökan om överprövning är det knappast ändamålsenligt att ett svenskt prövningsorgan prövar en upphandling enligt upphandlingsregelverket i en annan medlemsstat. Mycket talar alltså för att valet av en medlemsstats upphandlingsregler också innebär att det är den medlemsstats rättsmedelsregelverk som ska tillämpas.

Enligt utredningens bedömning kan en sådan ordning dock skapas utan att frågan ställs på sin spets om vad som regleras i upphandlings-

direktiven. Enligt utredningens mening kan frågan i stället sägas handla om i vilken utsträckning rättsmedelsdirektiven hindrar ordningen. På den punkten menar utredningen att ordningen inte kan anses stå i strid med de sistnämnda direktiven. Det bör således kunna föreslås en ordning som överensstämmer med uttalandena i skälen i 2014 års upphandlingsdirektiv om bestämmandet av tillämpligt rättsmedelsregelverk.

Sammanfattningsvis bör regleringen således tolkas på sätt att valmöjligheten gäller medlemsstaternas upphandlingsregelverk i dess helhet och att tillämpliga rättsmedelsregler blir de som gäller i den medlemsstat vars upphandlingsregler har gjorts tillämpliga. Det bör här noteras att Bryssel I-förordningen kan bli tillämplig i en sådan medlemsstat beroende på hur rättsmedlet i fråga ska karaktäriseras, vilket kan leda till att en talan om avtals- eller kontraktsrättsliga förhållanden eller om utomobligatoriskt skadestånd ska väckas i en annan medlemsstat. Det anförda kan även sägas få betydelse för metod 1 och metod 3. För dessa bör också gälla att tillämpligt rättsmedelsregelverk är det som gäller i den medlemsstat vars upphandlingsreglering är tillämplig.

En svensk regel om domsrätt och behörig domstol

För svenskt vidkommande innebär det ovan sagda att regleringen om behörig domstol för anlitande av rättsmedlet ansökan om överprövning kan behöva få en annan lydelse än den som gäller i dag (jfr nuvarande 16 kap. 5 § i både LOU och LUF). Av en sådan bestämmelse bör enligt utredningens mening uttryckligen framgå att behörig domstol i vissa fall kan följa av sådana överenskommelser som har berörts ovan. Några sådana särskilda föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna behövs dock inte för övriga inhemska svenska rättsmedel.

Metod 3 kan möjligen också leda till konflikter i fråga om domsrätt på ovan antytt sätt. Det behövs således en föreskrift som också reglerar den konflikten. Metod 1 torde dock enligt utredningen inte leda till några konflikter i fråga om svensk domsrätt varför någon förändring av bestämmelserna om behörig domstol som de är utformade i dag inte är påkallad i den delen.

Information i upphandlingsdokumenten

I artikel 39.4 andra stycket sista meningen i LOU-direktivet och artikel 57.4 andra stycket sista mening i LUF-direktivet finns uttryckliga bestämmelser om vilken information som ska lämnas i upphandlingsdokumenten. Bestämmelserna begränsar sig till upphandlingsdokument vid gemensam tilldelning av kontrakt. Upphandlingsdokument som förekommer när upphandlande myndigheter eller enheter gemensamt ingår ramavtal eller gemensamt driver ett dynamiskt inköpssystem synes sålunda inte omfattas av bestämmelsen.

En tilldelning av ett kontrakt på grundval av ett gemensamt ingånget ramavtal eller gemensamt drivet dynamiskt inköpssystem är enligt utredningen inte nödvändigtvis en gemensam tilldelning. Huruvida EU-lagstiftaren ser på saken på samma sätt är inte klarlagt. Såvitt utredningen kan bedöma är dock sådana olikheter knappast motiverade. Det får enligt utredningen antas att EU-lagstiftaren har avsett att uppgifterna inte bara ska lämnas i upphandlingsdokument för gemensam tilldelning av kontrakt utan också för gemensamt ingångna ramavtal och gemensamt drivna dynamiska inköpssystem.

Metod 3 – gemensam enhet

Metod 3 innebär att ett organ, en gemensam enhet, tillåts att självständigt genomföra en upphandling. När en gemensam enhet genomför en sådan upphandling ska den göra det i enlighet med den medlemsstats bestämmelser där enheten har sitt registrerade säte eller bedriver sin verksamhet. Vilket av dessa två alternativ som ska tillämpas ska bestämmas av de upphandlande myndigheter eller enheter som har inrättat den gemensamma enheten.

Det bör här noteras att utredningen inte har funnit anledning att upprätthålla någon distinktion mellan begreppen ”tillämpliga nationella upphandlingsregler” enligt artikel 39.5 första stycket i LOU-direktivet och artikel 57.4 första stycket i LUF-direktivet och ”nationella bestämmelser” enligt artiklarnas övriga punkter. Det förra kan enligt utredningen knappast ges någon snävare innebörd än det senare. Utredningen har därför valt att även beträffande gemensamma enheter använda begreppet nationella bestämmelser.

Utformningen av artikel 39.5 i LOU-direktivet och artikel 57.5 i LUF-direktivet väcker vissa frågor beträffande syftet med en

gemensam enhet. Hänvisningen till EGTS-förordningen och de enheter som kan bildas med stöd av förordningen (europeisk gruppering för territoriellt samarbete, EGTS) ger närmast vid handen att en gemensam enhet enligt artiklarna inte tar sikte på en enhet som upprättas enbart i syfte att genomföra en eller flera upphandlingar. Med ett sådant synsätt på artiklarna kan ändamålet med dem anses vara att tydliggöra eller att skapa ett stöd i författning för att en EGTS eller liknande enhet kan genomföra en självständig upphandling. Detta skulle i sin tur innebära att artiklarna inte ger stöd för att en gemensam enhet får inrättas enbart i syfte att genomföra en eller flera upphandlingar.

Det som talar emot det ovan anförda är att nämnda artiklar inledningsvis slår fast att det rör sig om upphandlande myndigheter respektive upphandlande enheter som inrättar en gemensam enhet. Detta stödjer slutsatsen att en gemensam enhet kan inrättas enbart med det ändmålet att den ska genomföra en eller flera upphandlingar för de deltagande myndigheternas eller enheternas räkning.

Sammanfattningsvis anser utredningen, trots de ovan uttolkade motsägelserna, att en gemensam enhet kan inrättas enbart i syfte att enheten ska genomföra en eller flera upphandlingar *eller* kan vara en EGTS eller en liknande på EU-rätten grundad enhet.

Sammanfattning

Möjligheten att vända sig till inköpscentraler bör inte med stöd av artikel 39.2 i LOU-direktivet och artikel 57.2 i LUF-direktivet begränsas till enbart en av upphandlingsdirektivets två huvudtyper av inköpscentraler. Bestämmelserna i övrigt i artikel 39 i LOU-direktivet och artikel 57 i LUF-direktivet kan genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Dessa föreskrifter bör i de nya lagarna placeras i kapitlet Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling. De särskilda reglerna om behörig domstol bör placeras i anslutning till de bestämmelser i de nya lagarna som motsvarar nuvarande 16 kap. 5 § i både LOU och LUF.

6 Upphandlingsförfarandets gång

6.1 Inledning

I kapitlet om upphandlingsförfarandets gång i 2014 års upphandlingsdirektiv finns två av de artiklar som omfattas av utredningens uppdrag. Dessa två artiklar reglerar följande områden:

- uppdelning av kontrakt i delar (artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet), och
- allmänna principer (artikel 56 i LOU-direktivet och artikel 76 i LUF-direktivet).

6.2 Uppdelning av kontrakt i delar

6.2.1 Nuvarande ordning

Bestämmelserna i 2004 års upphandlingsdirektiv och i nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna tar när det gäller uppdelning av kontrakt sikte på hur värdet av ett kontrakt ska bestämmas och att uppdelning inte ska användas i syfte att kringgå tröskelvärdesregleringen. Regelverket kan dock sägas förutsätta att kontrakt ska kunna delas upp i mindre delar.

I artikel 9.5 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 17.6 i 2004 års LUF-direktiv anvisas sålunda en metod för beräkning av ett kontrakts samlade uppskattade värde vid samtidig tilldelning av flera kontrakt i form av delkontrakt (se nuvarande 3 kap. 7 § LOU och 3 kap. 6 § LUF). Att syftet med en uppdelning inte får vara ett kringgående av tröskelvärdesbestämmelserna framgår av artikel 9.3 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 17.2 i 2004 års LUF-direktiv (se nuvarande 3 kap. 5 § LOU och 3 kap. 4 § LUF).

Ett tydligare uttryck, än det som framgår av ovan berörda bestämmelser, för att upphandlingsregleringen förutsätter att kontrakt ska kunna delas upp återfinns i punkt 7 Meddelande om upphandling bilaga VII A till 2004 års LOU-direktiv (jfr även motsvarigheterna i delarna A–C bilaga XII till 2004 års LUF-direktiv). Enligt punkten ska följande information finnas i ett meddelande om upphandling. ”Om kontrakten är uppdelade i delar skall det anges om de ekonomiska aktörerna kan lämna anbud på en eller flera och/eller alla delar.”

När det gäller upphandlingsregleringen som vilar på 2004 års upphandlingsdirektiv bör även nämnas EU-kommissionens arbetsdokument av den 25 juni 2008, SEC(2008) 2193, European Code of Best Practices Facilitating Access by SMEs to Public Procurement Contracts. I dokumentet (s. 7) framhålls att uppdelning av kontrakt är en faktor som underlättar för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Det anförs vidare att 2004 års upphandlingsdirektiv tillåter att kontrakt tilldelas i separata delar så länge ett sådant tillvägagångssätt inte begränsar konkurrensen. I dokumentet anges vidare att uppdelning av kontrakt kan göras på såväl kvantitativa som kvalitativa grunder. Ett kontrakts omfattning kan med stöd av den förra grunden anpassas till små och medelstora företags produktionskapacitet medan den senare grunden kan användas för att anpassa ett kontrakts inriktning med avseende på små och medelstora företags särskilda verksamhetsområden.

6.2.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Skälen

Skäl 78 i LOU-direktivet och skäl 87 i LUF-direktivet inleds med att upphandling enligt de båda direktiven bör anpassas till de små och medelstora företagens behov. Det framgår vidare av dessa skäl att upphandlande myndigheter/enheter bör uppmanas att (”be encouraged to” enligt den engelska versionen) använda sig av de olika exempel som redogörs för i ovan nämnda arbetsdokument från kommissionen, SEC(2008) 2193. Detta arbetsdokument ger enligt skälen vägledning om hur myndigheter och enheter kan tillämpa upphandlingsregelverket på ett sätt som underlättar för små och medelstora företag att delta i upphandlingar.

Av skäl 78 i LOU-direktivet och skäl 87 i LUF-direktivet framgår att uppdelning av kontrakt spelar en viktig roll när det gäller att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Detta uttrycks dock inte med helt identiska formuleringar i skälen i de båda direktiven. Enligt skäl 78 i LOU-direktivet bör upphandlande myndigheter *uppmuntras* att dela upp *större* kontrakt i delar medan det enligt skäl 87 i LUF-direktivet bör *föreskrivas* att kontrakt *får* delas upp i flera delkontrakt. Enligt skälen i båda direktiven syftar regleringen till att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Av uttalandena i skäl 78 i LOU-direktivet framgår att regleringen dessutom syftar till att stärka konkurrensen.

Liksom i kommissionens arbetsdokument, SEC(2008) 2193, anges i skäl 78 i LOU-direktivet och skäl 87 i LUF-direktivet att ett kontrakt kan delas upp på kvantitativa eller kvalitativa grunder för att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar.

I skälen uttrycks vidare att det är den upphandlande myndigheten eller enheten som bestämmer storleken på och förmålet för de olika delarna av ett uppdelat kontrakt. Det sägs vidare att myndigheten eller enheten enligt relevanta regler om hur en upphandlings uppskattade värde ska beräknas bör få tilldela vissa av delarna utan att förfarandena enligt upphandlingsdirektiven tillämpas.

I skäl 78 i LOU-direktivet betonas ytterligare betydelsen av att kontrakt delas upp i delar. Skälet kan sägas uttrycka en preferens till förmån för uppdelning av kontrakt. Det uttalas därvid att en myndighet, om den inte finner det lämpligt att dela upp ett kontrakt, bör ange skälen till varför den inte har delat upp kontraktet. Vad som kan utgöra sådana skäl exemplifieras enligt följande. ”Dessa skäl kan exempelvis vara att den upphandlande myndigheten anser att en uppdelning kan riskera att begränsa konkurrensen eller att kontraktets genomförande blir orimligt tekniskt svårt eller dyrt, eller att behovet av att samordna de olika leverantörerna av delarna allvarligt kan riskera att underminera ett korrekt genomförande av kontraktet.”

Det ovan sagda beskrivs i samma skäl, skäl 78 i LOU-direktivet, som en skyldighet att överväga lämpligheten av att dela upp ett kontrakt i delar. Denna skyldighet bör enligt samma skäl kunna utvidgas om medlemsstaterna anser att de behöver gå längre i strävandena att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar.

När det gäller skyldigheten att överväga uppdelning enligt stycket ovan finns det anledning att nämna det som särskilt framhålls i skäl 78 i LOU-direktivet beträffande en upphandlande myndighets handlingsutrymme vid sådana överväganden. Enligt nämnda skäl bör en upphandlande myndighet ha en ”skyldighet att överväga huruvida det är lämpligt att dela upp kontrakt i delar, samtidigt som det står den fritt att självständigt fatta sitt beslut på de grunder den anser vara relevanta, utan att underkastas administrativ eller rättslig kontroll”.

Som antytts ovan är preferensen till förmån för uppdelning av kontrakt i delar inte lika starkt uttryckt i skälen i LUF-direktivet. Det saknas därvid resonemang om huruvida valet att inte dela upp ett kontrakt bör motiveras. Däremot anges det i skäl 87 i LUF-direktivet att medlemsstaterna i strävandena att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar får införa en skyldighet att överväga om det är lämpligt att dela upp kontrakt.

I övrigt anges både i skäl 78 i LOU-direktivet och skäl 87 i LUF-direktivet att medlemsstaterna bör få gå längre i ovan nämnda strävanden, genom att begära att upphandlande myndigheter eller enheter motiverar sina beslut att inte dela upp kontrakt eller genom att göra en uppdelning obligatorisk under vissa förutsättningar. Det tilläggs dessutom att medlemsstaterna i samma syfte bör få tillhandahålla mekanismer för direktbetalning till underleverantörer.

Av skäl 79 i LOU-direktivet och skäl 88 i LUF-direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet utöver själva uppdelningen bör kunna vidta ytterligare åtgärder för att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Om det behövs för att exempelvis upprätthålla konkurrensen eller garantera tillförlitliga leveranser, bör en myndighet eller enhet kunna vidta åtgärder i syfte att undvika att en och samma leverantör tilldelas samtliga delar av ett uppdelat kontrakt.

Avslutningsvis anförs i skäl 79 i LOU-direktivet och skäl 88 i LUF-direktivet att det bör vara tillåtet för en upphandlande myndighet eller enhet att vid en upphandling av ett uppdelat kontrakt tilldela en och samma leverantör flera eller samtliga delar av det uppdelade kontraktet. En sådan tilldelning bör kunna göras om det visar sig att tilldelning del för del ger avsevärt mindre fördelaktiga lösningar än om en och samma leverantör tilldelas en kombination av kontraktets delar.

Artiklarna

I 2014 års upphandlingsdirektiv finns bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i delar i artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet. Artiklarna är indelade i fyra punkter.

Enligt den *första punkten* får en upphandlande myndighet eller enhet bestämma att ett kontrakt ska tilldelas i separata delar. Myndigheten eller enheten får vidare även bestämma storleken på och föremålet för delarna.

Efter de ovanstående inledande bestämmelserna skiljer sig regleringen i första punkten i LOU-direktivet från den i LUF-direktivet. Enligt artikel 46.1 andra stycket i LOU-direktivet ska en upphandlande myndighet ange huvudskälen till varför ett kontrakt inte har delats upp i delar. Det åligger sålunda myndigheten att förklara varför den har valt att inte dela upp ett kontrakt. I LUF-direktivet saknas en motsvarande bestämmelse som ålägger en upphandlande enhet att förklara varför den har valt att inte dela upp ett kontrakt.

Av artikel 65.1 i LUF-direktivet framgår i stället att en upphandlande enhet ska i vissa närmare angivna upphandlingsdokument upplysa om huruvida anbud får lämnas in för en del, flera delar eller samtliga delar av ett kontrakt. En motsvarande bestämmelse om upplysningar finns i artikel 46.2 i LOU-direktivet.

Utöver regeln om upplysningar i artikel 46.2 i LOU-direktivet är bestämmelserna i *andra punkten* desamma i LOU-direktivet och LUF-direktivet. Av punkten framgår att en upphandlande myndighet eller enhet kan begränsa antalet delar som får tilldelas en och samma leverantör. Om tillämpningen av tilldelningskriterierna i en sådan situation leder till att en leverantör uppfyller kriterierna för att tilldelas fler delar än vad begränsningen tillåter, ska myndigheten eller enheten enligt i förväg bestämda kriterier och regler avgöra vilka delar leverantören ska tilldelas inom begränsningen. Det ovan sagda ska framgå av vissa närmare angivna upphandlingsdokument.

I *tredje punkten* finns bestämmelser som medger att en upphandlande myndighet eller enhet kombinerar flera delar av ett uppdelat kontrakt och tilldelar en och samma leverantör en sådan kombination av delar. En förutsättning för bestämmelsernas tillämpning är att myndigheten eller enheten i närmare angivna upphandlingsdokument har angivit dels att den förbehåller sig rätten att kombinera olika delar, dels vilka delar eller grupper av delar som

kan kombineras. Av punkten framgår att medlemsstaterna avgör om punktens bestämmelser ska genomföras.

Enligt *fjärde punkten* får medlemsstaterna föreskriva att det ska vara obligatoriskt att tilldela kontrakt i separata delar.

6.2.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om tilldelning av kombinerade delar av ett uppdelat kontrakt enligt artikel 46.3 i LOU-direktivet och artikel 65.3 i LUF-direktivet bör inte genomföras i svensk rätt. Bestämmelserna i övrigt i artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag. Tilldelning av kontrakt i delar bör emellertid inte göras obligatoriskt enligt artikel 46.4 i LOU-direktivet och artikel 65.4 i LUF-direktivet.

Skälen för utredningens förslag

Gemensamma utgångspunkter för genomförandet av artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet

I 2014 års upphandlingsdirektiv framhålls att uppdelning av kontrakt är ett betydelsefullt medel för att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Medlet får antas ha samma betydelse oavsett om det rör sig om en offentlig upphandling enligt LOU-direktivet eller en upphandling enligt LUF-direktivet. Att uppdelning av kontrakt enligt artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet kan uppfattas som mer satt i förgrunden i LOU-direktivet än i LUF-direktivet är sålunda inte ett utslag för att medlet är mer betydelsefullt vid upphandlingar enligt det ena eller det andra direktivet. Skillnaderna mellan artiklarna är enligt utredningen i stället en följd av att LUF-direktivet i allmänhet medger ett något större handlingsutrymme för upphandlande enheter än LOU-direktivet medger för upphandlande myndigheter. Det får därför antas inte ha varit lika angeläget i artikel 65 i LUF-direktivet som i artikel 46 i LOU-direktivet att framhålla handlingsutrymmet för att dela upp ett kontrakt och därmed underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Att ett sådant handlingsutrymme utnyttjas kan sägas falla sig mer

naturligt vid en tillämpning enligt LUF-direktivet med tanke på skillnaderna direktiven emellan i fråga om en enhets eller myndighets handlingsutrymme i allmänhet.

Enligt utredningens mening får artiklarna, trots att de inte är identiska, antas ha samma syfte. Detta syfte är som har framgått att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Då det alltså rör sig om ett och samma syfte är en rimlig utgångspunkt för genomförandet, att bestämmelserna i artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet bör kunna genomföras genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna med samma utformning. Enligt utredningens mening är detta till och med eftersträvarvärt då det torde underlätta tillämpningen. Med denna utgångspunkt för genomförandet får uttalandena i de något fylligare skälen i LOU-direktivet, skälen 78 och 79 i LOU-direktivet, även relevans för hur artikel 65 i LUF-direktivet bör tolkas.

Då utgångspunkten vid genomförandet av artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet är att de bör genomföras genom föreskrifter med samma utformning, finns det anledning att tydliggöra vad som kan anses vara en gemensam ambition med nämnda artiklar. Som har framgått finns det en ambition enligt båda upphandlingsdirektiven att uppdelning av kontrakt bör vara ett mer eller mindre tydligt tema när en upphandlande myndighet eller enhet överväger hur en upphandling bör konstrueras. Tyngpunkten ligger alltså på att möjligheten att dela upp ett kontrakt ska vara aktuell vid sådana överväganden.

Ett seriöst förhållningsätt från en upphandlande myndighets eller enhets sida när den överväger uppdelning torde kräva att den i varje enskilt fall gör klart för sig möjligheterna att dela upp kontraktet på kvantitativa respektive kvalitativa grunder och vilka konsekvenserna kan bli av en uppdelning på den ena eller andra grunden.

När det gäller den närmare betydelsen av de ovan berörda grunderna ges viss vägledning i skäl 78 i LOU-direktivet och skäl 87 i LUF-direktivet. Som har framgått delar man i skälen upp dessa grunder i kvantitativa och kvalitativa sådana. En uppdelning på kvantitativa grunder innebär att delarna anpassas till de små och medelstora företagens kapacitet. En uppdelning på kvalitativa grunder innebär i stället att delarna anpassas till sådana sektorer inom näringslivet där de små och medelstora företagen är verksamma.

Handlingsutrymme när uppdelning av ett kontrakt övervägs

Skyldigheten att överväga en uppdelning av kontrakt innebär, som har konstaterats ovan, att en upphandlande myndighet eller enhet seriöst ska överväga konsekvenserna av en sådan uppdelning. Skyldigheten är dock inte sådan att den kräver att en uppdelning faktiskt också görs. Med andra ord säger skyldigheten att överväga en uppdelning av kontrakt inte något om huruvida övervägandena dessutom ska leda till att kontraktet delas upp.

Slutsatsen ovan vinner även stöd av uttalandena i skälen. Enligt skäl 78 i LOU-direktivet står det en upphandlande myndighet fritt att självständigt på de grunder den anser vara relevanta fatta sitt beslut i fråga om lämpligheten av att dela upp ett kontrakt. Uttalandet ger vid handen att en upphandlande myndighets – och med utredningens utgångspunkter även en upphandlande enhets – frihet att välja om ett kontrakt ska delas upp eller ej inte påverkas av att det införs en skyldighet att överväga uppdelning. En myndighet eller enhet ska således även enligt 2014 års upphandlingsdirektiv ha en betydande frihet att avstå från att faktiskt dela upp ett kontrakt, så länge den har övervägt konsekvenserna av en uppdelning på ett seriöst sätt.

Det hittills förda resonemanget har framförallt tagit sikte på en upphandlande myndighets eller enhets möjligheter att välja att inte dela upp ett kontrakt i delar. Enligt utredningens mening finns det dock ingen anledning att resonera på något annat sätt när det gäller situationen då en myndighet eller enhet har bestämt att ett kontrakt ska delas upp och överväger storleken på och föremålet för de olika delarna (se artikel 46.1 i LOU-direktivet och artikel 65.1 i LUF-direktivet). Regelverket om uppdelning av kontrakt i delar påverkar således inte heller den frihet en myndighet eller enhet har när den ska bestämma storleken på och föremålet för de olika delarna i ett uppdelat kontrakt.

Sammanfattningsvis innebär de nya bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i delar att en upphandlande myndighets eller enhets handlingsfrihet inte begränsas när det gäller möjligheterna att dels välja att inte dela upp ett kontrakt i delar, dels bestämma storleken på och föremålet för de olika delarna i ett uppdelat kontrakt. Av detta följer sålunda att den beskrivna handlingsfriheten inte har ändrats genom de nya bestämmelserna i förhållandet till rättsläget enligt 2004 års upphandlingsdirektiv.

När det gäller de närmare gränserna för en myndighets eller enhets handlingsfrihet enligt stycket ovan kan viss vägledning fås genom uttalandena i skälen. Enligt utredningens mening kan det som sägs i skälen beträffande när en uppdelning av ett kontrakt inte är lämplig och grunderna för en uppdelning av ett kontrakt – kvantitativa eller kvalitativa – anses ge uttryck för det som typiskt sett är acceptabelt från konkurrenssynpunkt och därmed icke-diskriminerande. Det som har angetts i skälen kan dock inte anses vara en uttömmande uppräkningslista av vad som kan accepteras. Enligt utredningens mening torde handlingsutrymmet enligt 2004 års upphandlingsdirektiv och nu även 2014 års upphandlingsdirektiv vara betydligt större än vad de i skälen exemplifierade grunderna ger vid handen. Handlingsutrymmet bör snarare beskrivas på det sätt som det görs i skäl 78 i LOU-direktivet, nämligen att det står en upphandlande myndighet fritt att självständigt på de grunder den anser vara relevanta fatta sitt beslut i fråga om lämpligheten av att dela upp ett kontrakt. Gränserna för handlingsutrymmet får dock bestämmas i rättstillämpningen.

Ska det vara obligatoriskt att tilldela kontrakt i delar?

Som har konstaterats ovan är en upphandlande myndighet eller enhet skyldig att enligt 2014 års upphandlingsdirektiv överväga uppdelning av ett kontrakt i delar. Skyldigheten innebär dock inte att ett kontrakt faktiskt också ska delas upp i delar. Även om 2014 års upphandlingsdirektiv således inte erfordrar att tilldelning av kontrakt ska ske i delar, så finns det en möjlighet för medlemsstaterna att enligt direktiven göra det obligatoriskt med sådan tilldelning. Detta framgår av fjärde punkten i både artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet (jfr även skäl 78 i LOU-direktivet och skäl 87 i LUF-direktivet).

Enligt utredningens mening finns det emellertid inte någon anledning att införa ett sådant obligatorium, varken generellt eller för vissa typer av upphandlingar eller upphandlingsföremål. De eventuella vinsterna med ett obligatorium uppväger enligt utredningen inte de nackdelar det innebär för möjligheten att anpassa en upphandling med hänsyn till förutsättningarna i varje enskilt fall. Utredningen bedömer således att det inte bör göras obligatoriskt att tilldela kontrakt i delar enligt vare sig LOU-direktivet eller LUF-direktivet.

Uppdelning av ett kontrakt och tröskelvärdesbestämmelserna

Bestämmelserna om uppdelning av kontrakt är placerade i upphandlingsdirektivens kapitel om upphandlingsförfarandets gång. Både placeringen av och ordalagen i artiklarna i direktiven ger enligt utredningen vid handen att regleringen saknar betydelse för hur värdet av en upphandling ska bestämmas enligt artikel 5 i LOU-direktivet och artikel 16 i LUF-direktivet.

Att delarna av ett uppdelat kontrakt vid en upphandling kan vara identiska med delkontrakt i den mening som avses enligt artikel 5.7–9 i LOU-direktivet och artikel 16.7–9 innebär inte att en del av ett uppdelat kontrakt ur systematisk synvinkel är identiskt med ett delkontrakt; regleringen utesluter inte att även ett delkontrakt kan tilldelas i delar. Begreppet delkontrakt är enbart ett regeltekniskt medel för att bedöma dels hur värdet av en upphandling ska bestämmas dels om något av delkontrakten kan tilldelas utan att förfarandena enligt upphandlingsdirektiven tillämpas (se artikel 5.9 i LOU-direktivet och artikel 16.9 i LUF-direktivet).

Av det ovan anförda följer att bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i delar enligt artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet inte rör frågan om hur värdet på en upphandling förhåller sig till tillämpliga tröskelvärden och därmed upphandlingsdirektivens tillämpningsområden. Bedömningen av en upphandlingsvärde och jämförelsen med tillämpliga tröskelvärden ska i stället göras med en självständig tillämpning av de paragrafer som genomför bestämmelserna i upphandlingsdirektivens avsnitt om tröskelvärden.

Det som uttalas i skäl 78 i LOU-direktivet och skäl 87 i LUF-direktivet får enligt utredningen ses som en erinran om bestämmelserna i upphandlingsdirektivens avsnitt om tröskelvärden. Som har framgått anges det att en upphandlande myndighet eller enhet enligt relevanta regler om hur en upphandlings uppskattade värde ska beräknas bör få tilldela vissa av delarna utan att förfarandena enligt upphandlingsdirektiven tillämpas. Att ett kontrakt tilldelas i delar innebär inte att tilldelningen också kan göras utan att något av upphandlingsdirektivens förfaranden tillämpas. Däremot kan en tillämpning av reglerna om delkontrakt enligt artikel 5 i LOU-direktivet och artikel 16 i LUF-direktivet leda till att ett eller flera delkontrakt tilldelas utan att förfarandena enligt upphandlingsdirektiven tillämpas. Att förfarandena enligt upphandlingsdirektiven inte behöver tillämpas i sådana situationer är sålunda en följd av andra bestämmelser i upphandlingsdirektiven än de om uppdelning av kontrakt i delar.

En skyldighet att förklara varför ett kontrakt inte delas upp i delar

Upphandlingsdirektiven erfordrar inte som har konstaterats ovan att en uppdelning faktiskt görs. Direktiven kräver i stället att en upphandlande myndighet eller enhet seriöst överväger konsekvenserna av en uppdelning. Detta får anses gälla för kontrakt enligt båda upphandlingsdirektiven.

Att upphandlingsdirektiven förutsätter att en uppdelning ska övervägas innebär dock inte att det finns en skyldighet enligt båda direktiven att ange skälen för övervägandena. En sådan skyldighet gäller endast för kontrakt enligt LOU-direktivet. Regleringen återfinns i artikel 46.1 andra stycket i LOU-direktivet. Någon motsvarighet finns inte i LUF-direktivet. Som har framgått hindrar dock inte upphandlingsdirektiven att medlemsstaterna föreskriver att en sådan skyldighet ska gälla även inom försörjningssektorn. Enligt utredningens mening finns det ingen anledning att regelverken i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska skilja sig från varandra på denna punkt. Utredningen anser därför att såväl en upphandlande myndighet enligt den nya lagen om offentlig upphandling som en upphandlande enhet enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör vara skyldig att ange skälen för att ett kontrakt inte har delats upp.

När det gäller frågan vilken information som ska lämnas för att skyldigheten enligt stycket ovan ska anses ha fullgjorts, finns det anledning att notera att det i artikel 46.1 andra stycket i LOU-direktivet talas om huvudskälen. Enligt artikelns ordalydelse är det huvudskälen till valet att inte dela upp ett kontrakt som ska anges. Möjligen är ordvalet i artikeln ett uttryck för att en mer svepande motivering kan accepteras än om "skälen" hade valts. Att det förhåller sig på det sättet vinner i viss mån också stöd av utformningen av artikel 46.1 andra stycket i LOU-direktivet enligt den engelska språkversionen. Enligt denna version ska en upphandlande myndighet "provide an indication of the main reasons for their decision".

Att "huvudskälen" har valts i stället för "skälen" vilar såvitt utredningen kan bedöma på en uppfattning att en motiverings omfattning påverkas av ordvalet i fråga. Enligt utredningens mening kan dock vissa invändningar resas mot en sådan utgångspunkt mot bakgrund av hur en motiveringsskyldighet i allmänhet kan beskrivas. Den

antyder nämligen att det går att gradera en motiverings omfattning som bestående av antingen huvudskälen eller skälen.

Oavsett det realistiska i att enligt stycket ovan upprätthålla en skillnad mellan "huvudskälen" och "skälen", anser utredningen att distinktionen inte bör införas i lagtexten i detta sammanhang. Att införa begreppet "huvudskälen" skulle inte bidra till att klargöra vad motiveringsskyldigheten i fråga innebär. Begreppet skulle snarare leda till frågor om hur det förhåller sig till användningen av "skälen" i upphandlingsregelverket i övrigt (jfr 19 § i avsnitt 14.1). I bestämmelserna i de nya lagarna som genomför motiveringsskyldigheten bör sålunda begreppet "skälen" användas.

När det gäller det valda begreppet, skälen, bör noteras att det som ett moment i en motiveringsskyldighet i allmänhet medger en anpassning av motiveringens omfattning med hänsyn till det motiveringen gäller.

I skäl 78 i LOU-direktivet lämnas exempel på tre skäl som kan motivera att ett kontrakt inte delas upp. Som har framgått innehåller exemplen förstärkande rekvisit som att kontraktets genomförande "blir orimligt tekniskt svårt eller dyrt" eller att behovet av samordning av delarna "allvarligt kan riskera att underminera ett korrekt genomförande av kontraktet". Det är dock inte nödvändigt att de förstärkande rekvisiten i skäl 78 i LOU-direktivet är uppfyllda. Uttalandena i skälet utgör endast en exemplifierande beskrivning och ändrar enligt utredningen inte på den grundläggande förutsättningen att en upphandlande myndighet eller enhet har en betydande frihet när det gäller valet i fråga om huruvida ett kontrakt ska delas upp i delar. (Jfr även ovan angående en myndighets eller enhets handlingsutrymme.)

Med hänsyn till det anförda bedömer utredningen att motiveringsskyldigheten är fullgjord om en myndighet eller enhet hänvisar till att en uppdelning leder till att kontraktets genomförande exempelvis blir tekniskt svårare eller dyrare än om en uppdelning inte görs eller försvåras på grund av samordningen av de olika delarna.

Ovan har således konstaterats att artiklarna uttrycker en motiveringsskyldighet. Däremot ger upphandlingsdirektiven inte några entydiga besked om vilka förutsättningar som utlöser denna skyldighet. Enligt utredningen skulle det kunna vara på det sättet att skyldigheten uppstår endast när en upphandling gäller tilldelning av ett enda kontrakt. Vid upphandlingar som gäller fler än ett kontrakt skulle således skyldigheten i fråga inte utlösas.

Utredningen ställer sig dock tveksam till att skyldigheten ska ges en sådan begränsad betydelse. Med en sådan tolkning av regelverket framstår nämligen det som uttalas i skälen till direktiven om vad regleringen syftar till som tämligen orealistiska förhoppningar. Regelverket torde med den beskrivna tolkningen knappast påverka små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingar över huvud taget.

En annan tolkning av artiklarna, som för övrigt är enligt artiklarnas ordalag, skulle kunna vara att det rör sig om ett enda kontrakt som tilldelas i separata delar. En sådan tolkning framstår dock som oförenlig med upphandlingsregleringens systematik i övrigt. Rimligen kan det inte handla om något annat än att det som tilldelas i delar också är kontrakt. Frågan blir då om de kontrakt som är en följd av uppdelningen i separata delar också ska omfattas av det som avses med kontrakt i artiklarna.

Mot bakgrund av de oklarheter utredningen redogjort för ovan bör man lämpligen vid genomförandet i stället ta fasta på ordvalet ”separata” delar av kontrakt i artikel 46.1 i LOU-direktivet och artikel 65.1 i LUF-direktivet. Tillägget ”separata” antyder att det rör sig om en ordning som avviker från den som kan tillämpas i allmänhet när en myndighet eller enhet tar ställning till antalet kontrakt som ska tilldelas och hur dessa bör kunna kombineras inom en och samma upphandling. Om en myndighet eller enhet väljer att tilldela kontrakt i separata delar innebär det också att myndighetens eller enhetens handlingsutrymme begränsas. Som framgår av utredningens bedömning i avsnittet närmast nedan innebär det bl.a. att kontrakten inte kan tilldelas i kombinerade delar. Väljer myndigheten eller enheten däremot att inte tilldela kontrakt i separata delar är deras handlingsutrymme oförändrat med bl.a. följden att kontrakt kan tilldelas i kombinerade delar så länge det är i enlighet med upphandlingsregelverket i övrigt.

Sammanfattningsvis innebär utredningens ovan förda resonemang att motiveringsskyldigheten inträder när en myndighet eller enhet väljer att inte begränsa sitt handlingsutrymme genom att tilldela kontrakt enligt systemet för tilldelning av kontrakt i separata delar. Enligt utredningen torde motiveringsskyldigheten dessutom alltid inträda när en upphandling endast avser tilldelning av ett kontrakt. Inte heller utredningens tolkning av artiklarna och bedömning av hur de bör genomföras leder emellertid till ett helt invändningsfritt system. Det får dock antas bidra till syftena med artiklarna som det har kommit till uttryck i skälen till direktiven.

Begränsning av antalet delar av ett uppdelat kontrakt som kan tilldelas en och samma leverantör

Bestämmelserna om att en upphandlande myndighet eller enhet ska ange om anbud får lämnas för enbart en eller flera delar eller för samtliga delar av ett uppdelat kontrakt (artikel 46.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 65.1 andra stycket i LUF-direktivet) medger att en upphandling anpassas ytterligare med hänsyn till förutsättningarna i varje enskild situation. Myndigheten eller enheten bestämmer därvid själv vilken ordning som är lämpligast i det enskilda fallet.

En upphandlande myndighet eller enhet kan, om anbud får lämnas på fler än en av det uppdelade kontraktets separata delar, begränsa antalet delar som kan tilldelas en och samma leverantör. Om myndigheten eller enheten väljer en sådan begränsning, ska det anges i något av upphandlingsdokumenten. Av upphandlingsdokumenten ska därvid framgå hur myndigheten eller enheten avser att hantera situationen att en leverantörs anbud på olika separata delar är sådana att leverantören bör tilldelas kontrakt för fler delar än vad den valda begränsningen medger. I artikel 46.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 65.2 i LUF-direktivet uttrycks det på det sättet att myndigheten eller enheten ska ”ange de objektiva och icke-diskriminerande kriterier eller regler som de avser att tillämpa när de fastställer vilka delar som ska tilldelas om tillämpningen av tilldelningskriterierna skulle leda till att en anbudsgivare tilldelas fler delar än det högsta tillåtna antalet delar”.

Som har framgått ska alltså möjliga konflikter mellan en vald begränsning och resultatet av en tillämpning av tilldelningskriterierna i en upphandling hanteras genom objektiva och icke-diskriminerande regler som anges i upphandlingsdokumenten. Med tanke på att kravet på objektiva och icke-diskriminerande regler är allmänt hållna, kan man tänka sig en mängd konstruktioner som skulle kunna anses uppfylla kravet i fråga. Vad kravet närmare erfordrar får dock bedömas i rättstillämpningen.

Även om den närmare betydelsens av kravet får utvecklas i rättstillämpningen, avser utredningen att i det följande framhålla en åtgärd som enligt utredningens mening får bedömas uppfylla kravet på objektiva och icke-diskriminerande regler. Denna åtgärd innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som har beslutat att en och samma leverantör får tilldelas endast ett begränsat antal separata delar av ett uppdelat kontrakt ska ange att en leverantör,

om den lämnar anbud på fler delar än vad begränsningen tillåter tilldelning för, ska rangordna de anbud som den lämnar.

Ett exempel på metoden enligt stycket ovan skulle kunna vara att en myndighet eller enhet har delat upp ett kontrakt i sex separata delar och samtidigt har begränsat antalet delar som en och samma leverantör kan tilldelas till två. Om en leverantör lämnar anbud på delarna 1–4 och 6 och en tillämpning av tilldelningskriterierna leder till att leverantören bör tilldelas kontrakt för delarna 1, 2 och 6, aktualiseras den rangordning som leverantören ska ha angett. Om denna rangordning anger delarna 6, 4, 2, 1 och 3, ska leverantören således tilldelas kontrakt för delarna 6 och 2. Tilldelningen av övriga delar av kontraktet, delarna 1 och 3–5, kan vid ytterligare konflikter följa samma procedur med den skillnaden att redan tilldelade delar styrks från de rangordningar som angetts av respektive aktuell leverantör.

Bör bestämmelserna om tilldelning av kombinationer av delar av ett uppdelat kontrakt genomföras?

Reglerna om tilldelning av kombinerade delar av kontrakt enligt artikel 46.3 i LOU-direktivet och artikel 65.3 i LUF-direktivet är inte obligatoriska för medlemsstaterna att genomföra. Detta följer av ordvalet att medlemsstaterna "får" fastställa att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar.

För att ta ställning till om bestämmelserna bör genomföras bör syftet med dem undersökas närmare. När det gäller syftet fås viss vägledning genom uttalandena i skälen, skäl 79 i LOU-direktivet och skäl 88 i LUF-direktivet. Med utgångspunkt från skälen får bestämmelserna antas syfta till att en upphandlande myndighet eller enhet inte ska tvingas tilldela separata delar av ett kontrakt, om en sådan tilldelning ger ett avsevärt mindre fördelaktigt resultat i förhållande till en mer samlad tilldelning.

Avsikten med uttalandena i skälen om undvikande av ofördelaktiga resultat är dock inte helt klar. Det uttalandena tycks tas sikte på är situationen att ett ofördelaktigt resultat ska kunna undvikas när en upphandlande myndighet eller enhet annars är förpliktigad att tilldela ett kontrakt i separata delar. Som har konstaterats ovan går det dock i allmänhet inte beskriva detta som en förpliktelse att tilldela ett kontrakt i delar. Om uttalandet däremot kan anses riktat in sig på en ordning där det är obligatoriskt med tilldelning av

kontrakt i delar, så får ordvalet ”förpliktas” ett sammanhang i vilket det kan förklaras. Då utredningen bedömt att Sverige inte bör utnyttja möjligheten att göra tilldelning av kontrakt i delar obligatoriskt, bör bestämmelserna om tilldelning av kombinerade delar i så fall inte genomföras i svensk rätt.

Den gjorda bedömningen i stycket ovan beträffande genomförandet bygger, som har framgått, på förutsättningen att aktuella uttalanden i skälen får anses begränsa sig till vissa närmare angivna aspekter av tilldelning av kombinerade delar. Om uttalandena i skälen däremot får anses ha ett bredare anslag och avse regleringen om tilldelning av kombinerade delar mer generellt, får ett annat resonemang föras. Det innebär dock inte med nödvändighet att slutsatsen med en sådan utgångspunkt bör bli att denna del av regelverket bör genomföras. Enligt utredningen kan det nämligen riktas invändningar mot en ordning som tillåter tilldelning av kombinerade delar.

Invändningarna mot ordningen bygger på att syftet med tilldelning av kontrakt i separata delar är att underlätta för små och medelstora företag. Enligt utredningens mening kan syftet inte enbart ses som gällande att underlätta för sådana företag att delta i upphandlingar. Det får rimligen också antas innefatta en strävan att små och medelstora företag i praktiken också ska kunna tilldelas kontrakt. En ordning med tilldelning av kombinerade delar motverkar dock sådana strävanden. Regelverket medger ju att en upphandling konstrueras på ett sådant sätt att tilldelningen av delarna ur de små och medelstora företagens synvinkel inte skiljer sig från situationen att kontraktet tilldelas i dess helhet utan uppdelning.

Att inte genomföra bestämmelserna i fråga kan möjligen kritiseras för att ge ett alltför rigitt regelverk som inte medger anpassningar för att undvika ofördelaktiga resultat. Vad det torde handla om är att en upphandlande myndighet eller enhet när ett kontrakt har delats upp i separata delar inte fullt ut kan dra nytta av de konkurrensfördelar som större företag kan tänkas ha i förhållande till små och medelstora företag. Enligt utredningens mening är detta dock en konsekvens som en upphandlande myndighet eller enhet får acceptera om den väljer att tilldela ett kontrakt i separata delar. Bedömningen av om nytta ska dras av de eventuella konkurrensfördelar som ett större företag kan ha, får i stället göras i samband med bedömningen av om kontraktet över huvud taget ska delas upp i separata delar.

Som har konstateras i avsnitten ovan har en upphandlande myndighet eller enhet en relativt stor frihet när det gäller valet om ett kontrakt ska delas upp i separata delar eller ej. Om förekomsten eller avsaknaden av regler om tilldelning av kombinerade delar av ett uppdelat kontrakt påverkar vilket val en myndighet eller enhet träffar i en sådan valsituation, är givetvis svårt att bedöma. Utredningen ser dock ingen anledning till att denna möjlighet skulle vara en avgörande faktor vid valet mellan uppdelning i separata delar eller ej. Frågan är snarare en näringspolitisk fråga som en myndighet eller enhet får ta ställning till. Om uppdelning av ett kontrakt väljs, så innebär det att myndigheten eller enheten inte fullt ut kan dra nytta av eventuella konkurrens fördelar som ett större företag har.

Sammanfattningsvis anser utredningen vid en sammanvägning av de ovan redovisade skälen att bestämmelserna om tilldelning av kombinerade delar av ett uppdelat kontrakt inte bör genomföras. Utredningen avser trots detta att lämna ett alternativt förslag till genomförande av bestämmelserna (se nedan).

Kontrollen av en upphandlande myndighets eller enhets åtgärder i fråga om uppdelning av ett kontrakt i delar

I skäl 78 i LOU-direktivet uttalas att en upphandlande myndighet eller enhets beslut i fråga om huruvida ett kontrakt ska delas upp i delar inte kan "underkastas administrativ eller rättslig kontroll". Uttalandet ger närmast intryck av att begränsa den rätt till överprövning av åtgärder under en upphandling som följer av EU-domstolens praxis (se EU-domstolens dom i mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005 s. I-1). Det kan dock knappast ha varit EU-lagstiftarens avsikt att genom uttalanden i skälen till ett direktiv inskränka denna rätt.

Enligt utredningens mening bör uttalandet i stället läsas som en erinran om att en rättslig kontroll i praktiken mycket sällan kommer leda till något annat konstaterande än att myndigheten eller enheten har hållit sig inom det handlingsutrymme som myndigheten eller enheten har. Som har konstaterats ovan har en myndighet eller enhet en betydande handlingsfrihet när det gäller frågan om huruvida ett kontrakt ska delas upp i delar och hur storleken på och föremålet för de olika delarna i ett uppdelat kontrakt ska bestämmas.

Sammanfattande slutsatser

Tilldelning av kontrakt i delar bör inte vara obligatoriskt enligt artikel 46.4 i LOU-direktivet och artikel 65.4 i LUF-direktivet. Ett uppdelat kontrakt bör inte heller kunna tilldelas i kombinerade delar enligt artikel 46.3 i LOU-direktivet och artikel 65.3 i LUF-direktivet. Bestämmelserna i övrigt i artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet kan genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Dessa föreskrifter bör i de nya lagarna placeras i kapitlet Allmänna bestämmelser.

Tilldelning av kombinationer av delar av ett uppdelat kontrakt – ett alternativt förslag till lagtext

Om bestämmelserna om tilldelning av kombinationer av delar av ett uppdelat kontrakt, artikel 46.3 i LOU-direktivet och artikel 65.3 i LUF-direktivet, genomförs i svensk rätt, trots utredningens bedömning ovan, så kan föreskrifterna utformas enligt följande.

Tilldelning av kombinerade delar av ett kontrakt som har delats upp

X § En upphandlande myndighet/enhet som delar upp ett kontrakt i delar enligt 45 §/38 § och bestämmer att anbud får lämnas på flera eller alla delar av kontraktet enligt 47 §/40 §, får bestämma att flera eller alla delar ska kunna tilldelas en och samma leverantör som kombinerade delar.

Om myndigheten/enheten har beslutat att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, får den tilldela flera eller alla delar av kontraktet till den leverantör vars anbud sammantaget bäst uppfyller tilldelningskriterierna. En sådan tilldelning omfattas inte av några begränsningar enligt 47 § andra stycket/40 § andra stycket.

När myndigheten/enheten bestämmer att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, ska den också fastställa vilken ordning som ska tillämpas för att bedöma vilken eller vilka leverantörer som ska tilldelas kontraktet och om tilldelningen ska göras i delar eller kombinerade delar.

Annonsering och offentliggörande i övrigt

48 §/41 § (ett tredje stycke som läggs till i 48 § och 41 § i avsnitten 14.1 respektive 14.2) Om myndigheten/enheten ska tilldela kombinerade delar av ett kontrakt enligt X §, ska myndigheten/enheten i annonsen eller inbjudan enligt första stycket ange

1. att ett uppdelat kontrakt kan tilldelas i kombinerade delar enligt X § första stycket, och
2. den ordning som ska tillämpas enligt X § tredje stycket.

6.3 Allmänna principer

6.3.1 Nuvarande ordning

I artikel 44.1 i 2004 års LOU-direktiv nämns några av de centrala momenten under en upphandling. Det anges i punkten att kontrakt ska tilldelas på grundval av vissa i direktivet angivna kriterier och att innan ett kontrakt tilldelas ska leverantörernas lämplighet ha prövats med avseende på skäl för uteslutning och tillämpliga krav för val av leverantörer. I 2004 års LUF-direktiv finns liknande bestämmelser i artiklarna 51 och 52.1.

I nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna finns inga paragrafer som samlat reglerar hur de centrala momenten under en upphandling bör te sig. Närmast en sådan reglering är de inledande bestämmelserna i nuvarande 11 kap. 1 § i både LOU och LUF.

6.3.2 2014 års upphandlingsdirektiv

I artikel 56 i LOU-direktivet och artikel 76 i LUF-direktivet finns bestämmelser som likhet med bestämmelserna i artikel 44.1 i 2004 års LOU-direktiv och artiklarna 51 och 52.1 i 2004 års LUF-direktiv beskriver några av de centrala momenten under en upphandling. Bestämmelserna i artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv är dock mer än omfattande än motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv.

Rubriken till artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv, som är placerade i direktivens avdelning II Bestämmelser om offentliga kontrakt/ Bestämmelser om upphandling, är Allmänna principer. Det handlar dock inte om de principer som behandlas i artikel 18 i LOU-direktivet och artikel 36 i LUF-direktivet Principer för

upphandling i avdelning I Tillämpningsområde, definitioner och allmänna principer i 2014 års upphandlingsdirektiv (se avsnitt 3.2). Som konstaterats innehåller artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv i stället allmänna bestämmelser om några av de centrala momenten under en upphandling.

6.3.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna i artikel 56.4 i LOU-direktivet och artikel 76.8 i LUF-direktivet bör inte föranleda några åtgärder genom föreskrifter i författning. Bestämmelserna i artikel 76.2 och 76.3 i LUF-direktivet bör inte genomföras genom särskilda bestämmelser om allmänna principer för val av deltagare och tilldelning av kontrakt. Bestämmelserna om allmänna principer i övrigt i artiklarna ska genomföras genom föreskrifter i lag. Bestämmelserna i artikel 56.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 76.7 andra stycket i LUF-direktivet som medger ett begränsat genomförande av bestämmelserna i första stycket i dessa punkter bör dock inte utnyttjas.

Skälen för utredningens förslag

Genom bestämmelserna i artikel 56 i LOU-direktivet och artikel 76 i LUF-direktivet kan de allmänna bestämmelserna om vissa centrala moment under en upphandling anses ha samlats i en och samma artikel i respektive direktiv. Motsvarande bestämmelser i 2004 års upphandlingsdirektiv är inte samlade på samma sätt. Ett genomförande av artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv kan därför sägas handla om att överföra den ordning som redan gäller i dag. Beträffande bestämmelserna i LUF-direktivet finns det dock anledning att göra några förtydliganden.

Artikel 76.2 i LUF-direktivet motsvarar artikel 51.2 i 2004 års LUF-direktiv. Artikel 51.2 i 2004 års direktiv synes ha blivit genomförd genom nuvarande 11 kap. 3, 4, 6–10 §§ (se prop. 2006/07:128 s. 533). Enligt utredningens mening finns det ingen anledning att nu genomföra artikel 76.2 i LUF-direktivet på något annat sätt. Det innebär att artikel 76.2 i LUF-direktivet får anses bli genomförd genom de bestämmelser som genomför artiklarna 77 och 78 i LUF-direktivet (se 43–47 och 48 §§ i avsnitt 14.2).

Artikel 76.3 i LUF-direktivet motsvarar artikel 52.1 i 2004 års LUF-direktiv. Artikeln i 2004 års direktiv genomfördes inte särskilt (se prop. 2006/07:128 s. 530). Artikeln i 2014 års upphandlingsdirektiv kan hanteras på samma sätt.

När det gäller de bestämmelser som riktar sig till EU-kommissionen (artikel 56.4 i LOU-direktivet och artikel 76.8 i LUF-direktivet), erfordras inga genomförandeåtgärder genom författning. Utredningen har vidare inte sett någon anledning att med stöd av 56.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 76.7 andra stycket i LUF-direktivet begränsa tillämpningen av den ordning som följer av första styckena i nämnda punkter.

Avslutningsvis bör antecknas att utredningens förslag till lagtext inte innehåller några bestämmelser som direkt motsvarar de ej direktivstyrda bestämmelserna i nuvarande 11 kap. 17 § LOU och 11 kap. 13 § LUF. Det kan därvid noteras att flera av de bestämmelser som utredningen föreslår syftar till underlätta för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer och kommer ge samma resultat som nämnda paragrafer i nuvarande lagar. (Angående motiven till ovan nämnda paragrafer se prop. 2009/10:180 s. 279–283, 341 och 384.)

Sammanfattningsvis bör bestämmelserna i artikel 56.4 i LOU-direktivet och artikel 76.8 i LUF-direktivet inte föranleda några åtgärder genom föreskrifter i författning. Bestämmelserna i artikel 76.2 och 76.3 i LUF-direktivet bör inte genomföras genom särskilda bestämmelser om allmänna principer för val av deltagare och tilldelning av kontrakt. Tillämpningen av den ordning som följer av bestämmelserna i artikel 56.2 första stycket i LOU-direktivet och artikel 76.7 första stycket i LUF-direktivet bör inte begränsas med stöd av andra stycket i dessa punkter.

Övriga bestämmelser i artikel 56 i LOU-direktivet och artikel 76 i LUF-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Dessa föreskrifter bör placeras i olika kapitel i respektive lagar enligt följande.

- Bestämmelserna som genomför artikel 56.1 första stycket och 56.2 i LOU-direktivet bör placeras i kapitlet Allmänna bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling.
- Bestämmelserna som genomför artikel 76.1, 76.5 och 76.7 i LUF-direktivet bör placeras i kapitlet Val av leverantörer i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

- Bestämmelserna som genomför artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 76.6 i LUF-direktivet bör placeras i kapitlet Tilldelning av kontrakt i de båda nya lagarna.
- Bestämmelserna som genomför artikel 56.3 i LOU-direktivet och artikel 76.4 i LUF-direktivet bör placeras i kapitlet Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation i de båda nya lagarna.

7 Kvalitativa urvalskriterier enligt LOU-direktivet

7.1 Inledning

I kapitlet om upphandlingsförfarandets gång i LOU-direktivet finns ett underavsnitt om kvalitativa urvalskriterier. I avsnittet finns åtta av de artiklar som omfattas av utredningens uppdrag. Dessa åtta artiklar reglerar följande områden:

- skäl för uteslutning (artikel 57 i LOU-direktivet),
- urvalskriterier (artikel 58 i LOU-direktivet),
- europeiskt enhetligt upphandlingsdokument (artikel 59 i LOU-direktivet)
- bevismedel (artikel 60 i LOU-direktivet),
- online-verktyg för tillhandahållande av intyg och certifikat (e-Certis) (artikel 61 i LOU-direktivet),
- kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder (artikel 62 i LOU-direktivet),
- utnyttjande av andra enheters kapacitet (artikel 63 i LOU-direktivet), och
- officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga organ (artikel 64 i LOU-direktivet).

7.2 Skäl för uteslutning

7.2.1 Nuvarande ordning

2004 års LOU-direktiv

Regler som innebär att en upphandlande myndighet i vissa fall ska och i andra fall får utesluta leverantörer från deltagande i en upphandling finns i dag i artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv. Enligt artikelns rubrik handlar det om situationer som rör en anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning.

Reglerna i artikel 45.1 i direktivet är tillämpliga om en anbudssökande eller en anbudsgivare genom en lagakraftvunnen dom har dömts för vissa i första stycket leden a–d uppräknade brott. Om en anbudssökande eller en anbudsgivare har dömts för något av dessa brott genom en sådan dom, ska den upphandlande myndigheten utesluta anbudssökanden eller anbudsgivaren. Punkten innehåller vidare bestämmelser som medger att medlemsstaterna fastställer villkoren för tillämpningen av regelverket och att medlemsstaterna får föreskriva undantag från uteslutningsskyldigheten, om det är motiverat av tvingande allmänna intressen. I punktens sista stycke finns regler som medför att en upphandlande myndighet vid behov ska begära att en anbudssökande eller en anbudsgivare lämnar in de handlingar som anges i punkt 3 och att den får, om den hyser tvivel beträffande anbudssökandens eller anbudsgivarens personliga ställning, vända sig till behörig myndighet för att få nödvändig information. I enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där anbudssökanden eller anbudsgivaren är etablerad riktas begäran till juridiska eller fysiska personer och, vid behov (jfr dock "where appropriate" i den engelska versionen), till företagschefer eller varje annan person som är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökanden eller anbudsgivaren.

Artikel 45.2 i direktivet tar enligt dess ordalydelse sikte på leverantörer ("ekonomisk aktör"). En leverantör får enligt punkten uteslutas om någon av de i första stycket leden a–g uppräknade situationerna är för handen. I likhet med regleringen i punkt 1 medges det i punkt 2, att medlemsstaterna fastställer villkoren för tillämpningen av punktens bestämmelser.

I artikel 45.3 i direktivet räknas de bevis upp som ska godtas som tillräckliga för att visa att en anbudssökande eller en anbudsgivare inte befinner sig i någon av de situationer som räknas upp i

punkterna 1 och 2. Under vissa förutsättningar kan vissa av bevisen ersättas av en försäkran som tas upp på visst sätt.

Enligt 45.4 i direktivet ska medlemsstaterna ange vilka myndigheter eller organ som är behöriga att utfärda de handlingar, intyg eller försäkringar som anges i punkt 3.

Upphandlingsutredningen 2004

Upphandlingsutredningen 2004 berörde särskilt situationen när en anbudssökande eller en anbudsgivare är en juridisk person. Kretsen av personer vars lämplighet skulle ha betydelse vid en uteslutningsbedömning på grund av brott borde enligt utredningen (SOU 2005:22 s. 334 och 339) motsvara den krets av fysiska personer som enligt 4 § lagen (1986:436) om näringsförbud kunde åläggas näringsförbud då verksamheten hade bedrivits av en juridisk person.

När det gällde de i artikel 45.1 i 2004 års LOU-direktiv uppräknade brotten såg utredningen det som oproblematiskt att överföra dessa till en svensk kontext (SOU 2005:22 s. 334–337). Detta gällde dock inte fullt ut beträffande led a – deltagande i en kriminell organisation. Utredningen pekade på att sådana gärningar i Sverige inte särskilt var kriminaliserade som deltagande i kriminell organisation. Med hänsyn till att gärningarna i flera medlemsstater dock var kriminaliserade som just deltagande i en kriminell organisation fanns det likväl skäl att ta in artikelns led a i lagen om offentlig upphandling.

I anslutning till frågan om när undantag kunde göras från uteslutningsskyldigheten, tog utredningen (SOU 2005:22 s. 337) upp om det fanns någon gräns för hur gammal brottslighet som skulle beaktas. Utredningen framhöll att det rörde sig om en tillämpning av en undantagsregel och att undantag därför borde medges ”mycket restriktivt”. Mot den bakgrunden valde utredningen att koppla undantagsmöjligheten till förekomsten av synnerliga skäl. Utredningen anförde därefter följande (SOU 2005:22 s. 337).

Sådana skäl kan vara att gärningen begicks för länge sedan. Det kan också tänkas fall där en anställd som begick brottet har ersatts av en annan person. I båda fallen måste kunna förutsättas att det inte finns risk för ny brottslighet. Vid bedömning av om synnerliga skäl föreligger bör även den brottsliga gärningens art och svårighetsgrad kunna beaktas. Ytterligare ett exempel på fall då det kan anses tillåtet att anlita en leverantör utan hinder av 1 § är då det i en akut situation är nödvändigt att vidta åtgärder och den dömde leverantörens medverkan krävs.

I fråga om brott mot yrkesutövningen – ”yrkesetiken” enligt artikel 45.2 c i 2004 års LOU-direktiv – erinrade utredningen (SOU 2005:22 s. 339) om skälen i direktivet, där det framgick att brott mot yrkesutövningen kunde vara överträdelser av miljölagstiftningen eller av reglerna om otillåten samverkan vid offentlig upphandling.

När det gällde intyg i fråga om brottslighet hänvisade utredningen (SOU 2005:22 s. 337) till lagen (1998:620) om belastningsregister. Enligt utredningen fick det antas att ett lämpligt sätt för en leverantör att visa att det inte fanns skäl för uteslutning var att ge in ett utdrag ur belastningsregistret.

Prop. 2006/07:128

Det förslag som regeringen sedermera formulerade i prop. 2006/07:128 överensstämde i huvudsak med Upphandlingsutredningen 2004:s förslag. Regeringen (prop. 2006/07:128 s. 224) ansåg dock att det krävdes några smärre justeringar beträffande utredningens förslag när det gällde skyldigheten att utesluta en leverantör. När det gällde denna skyldighet betonade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 225 f.) att skyldigheten tog sikte på viss brottslighet som riktade sig mot bl.a. gemenskapens ekonomiska intressen och att det inte minst från konkurrenssynpunkt ansågs viktigt att endast seriösa leverantörer skulle tilldelas kontrakt.

I fråga om kretsen av personer vars lämplighet skulle ha betydelse vid en uteslutningsbedömning på grundval av artikel 45.1 i 2004 års LOU-direktiv, konstaterade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 226) att artikeln inte gav några klara besked för de situationer då det inte rörde sig om enskilda näringsidkare. Det av utredningen valda uttryckssättet ”bestämmande inflytande” var dock med hänsyn till dess betydelse i aktiebolagslagens mening alltför snävt. Regeringen menade i stället att man med bestämningen ”företrädare”, som fanns i 12 kap. 6 och 6 a §§ skattebetalningslagen (1997:483), skulle få en lämpligare och med direktivet överensstämmande avgränsning. Någon definition av begreppet föreslogs inte utan i stället hänvisade regeringen till att ledning beträffande begreppet fick sökas i rättspraxis avseende skattebetalningslagen. I författningskommentaren hänvisade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 388) emellertid till befattningshavare som de beskrevs i 4 § lagen om näringsförbud (jfr Upphandlingsutredningen 2004:s resonemang ovan). Av regeringens resonemang

i författningskommentaren framgår att den avsåg att det ytterst handlade om att se till att även en s.k. faktisk företrädare skulle falla in under regleringens tillämpningsområde.

Med anledning av Lagrådets synpunkter på förslaget i lagrådsremissen utvecklade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 227) sin syn på hur hänvisningarna till de i artikel 45.1 i 2004 års LOU-direktiv uppräknade brotten kunde genomföras i svensk rätt. Lagrådet (prop. 2006/07:128 bil. 14 s. 629) hade nämligen i sitt yttrande uttalat att den i remissen valda utformningen med hänvisningar till artiklar i relevanta EU-rättsakter inte svarade mot ens mycket begränsade krav på tydlighet och tillgänglighet. Av betydelse för denna ståndpunkt var enligt Lagrådet att bestämmelserna skulle tillämpas av ett stort antal upphandlande myndigheter och enheter med varierande förutsättningar och kompetens att hantera frågor av det aktuella slaget.

Med hänsyn till de aktuella EU-rättsakternas mycket skiftande karaktär och struktur menade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 227) dock att det inte var en framkomlig väg att försöka följa direktiven och samtidigt direkt i lagtexten tydligt beskriva i vilka fall uteslutning skulle ske. En sådan metod var enligt regeringen förenad med sådana svårigheter att risken för ökad otydlighet var påtaglig. Det var enligt regeringen inte heller möjligt att försöka beskriva uteslutningsgrunderna genom hänvisningar till relevanta svenska straffstadganden. Med en sådan metod skulle den svenska regleringen riskera att få ett annat tillämpningsområde än det som avsågs med artikel 45.1 i 2004 års LOU-direktiv. Regeringen (prop. 2006/07:128 s. 228–236) lämnade vidare en utförlig redogörelse av sin syn på innebörden av referenserna till de olika EU-rättsakterna i artikel 45.1 i 2004 års LOU-direktiv.

Regeringen (prop. 2006/07:128 s. 228) ansåg mot denna bakgrund att den brottslighet som skulle föranleda uteslutning skulle definieras på samma sätt i den svenska lagtexten som i direktiven, dvs. genom hänvisningar till de aktuella EU-rättsakterna. I författningskommentaren avseende nuvarande 10 kap. 1 § LOU uttalade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 386) att vissa tillämpnings-svårigheter kvarstod men att dessa inte kunde undvikas och att regleringens form svarade mot de krav på tydlighet och tillgänglighet som direktivet medgav.

När det gällde undantag från skyldigheten att utesluta en anbuds-sökande eller en anbudsgivare enligt artikel 45.1 andra stycket i 2004 års LOU-direktiv framhöll regeringen (prop. 2006/07:128 s. 236) att

proportionalitetsprincipen måste iakttas. Det innebar bl.a. att brottslighet av ringa art sällan borde motivera uteslutning och att inte heller uteslutningsgrundande brott som hade begåtts för länge sedan behövde leda till uteslutning. Med hänsyn till medlemsstaternas rätt enligt nämnda direktivbestämmelse att fastställa villkor för tillämpningen av uteslutningsbestämmelserna ansåg regeringen att det i lagen om offentlig upphandling skulle föreskrivas att undantag kunde göras om det förelåg särskilda skäl. Omständigheter som borde beaktas som särskilda skäl var enligt regeringen den brottsliga gärningens svårighetsgrad eller den tid som hade förflutit sedan brottet begicks.

Utöver undantaget med anledning av proportionalitetsprincipen pekade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 237) på möjligheten till undantag enligt artikel 45.1 tredje stycket i 2004 års LOU-direktiv. Denna möjlighet tog sikte på tvingande allmänna intressen och skulle enligt regeringen tolkas restriktivt. Detta hindrade dock inte att regleringen, som borde införas i svensk rätt, gavs samma utformning som proportionalitetsundantaget.

I fråga om utredningen av om en anbudssökande eller en anbudsgivare skulle uteslutas enligt de obligatoriska reglerna om uteslutning, dvs. när det förelåg ett uteslutningsgrundande brott genom en lagakraftvunnen dom, menade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 237) att regleringen inte innebar någon skyldighet för upphandlande myndighet att i varje enskilt fall undersöka om uteslutningsgrundarna var för handen. Bestämmelserna fordrade inte heller att myndigheten rutinmässigt krävde att leverantörerna skulle ge in handlingar som bevisade att grund för uteslutning inte fanns. Av regeringens argumentation framgick att det i stället handlade om att finna en balans mellan å ena sidan att inte tillåta anbudssökande och anbudsgivare som borde uteslutas att delta i upphandlingen och å andra sidan att begränsa det intrång eller men som ett inhämtande av uppgifter av aktuellt slag innebar. Mot denna bakgrund fann regeringen att en upphandlande myndighet skulle ha en skyldighet att skaffa sig ett underlag för en uteslutningsbedömning enbart om det fanns grundad anledning att anta att uteslutningsgrundande brott förelåg. Det saknade därvid betydelse hur denna grundade anledning hade framkommit. Den kunde enligt regeringen ha framkommit bl.a. till följd av uppgifter som hade lämnats i massmedia eller av andra leverantörer.

Såvitt gällde den upphandlande myndighetens tillvägagångssätt vid kontroll av förekomsten av för artikel 45.1 i 2004 års LOU-

direktiv relevanta lagakraftvunna domar, menade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 238) att det fick avgöras utifrån en lämplighetsbedömning. I de flesta fall när det fanns grundad anledning att anta att en anbudssökande eller en anbudsgivare skulle uteslutas, kunde det enligt regeringen vara lämpligast att denna anmodades att ge in handlingar som visade att det inte fanns grund för uteslutning. Om handlingarna, exempelvis ett utdrag ur belastningsregistret, visade att det fanns en dom som skulle kunna leda till uteslutning, kunde det bli nödvändigt för myndigheten att ta del av domen eller på något annat sätt fortsätta med utredningen. Som regeringen redan tidigare hade konstaterat kunde detta, med hänsyn till den upphandlingsrättsliga proportionalitetsprincipen, vara nödvändigt för att avgöra om brottet var av "sådan art och svårighetsgrad" att obligatorisk uteslutning skulle komma i fråga (prop. 2006/07:128 s. 239). Av detta följde enligt regeringen att en upphandlande myndighet som en fortsatt utredningsåtgärd kunde anmoda en anbudssökande eller anbudsgivare att ge in relevanta domar. Om uppgifter om relevanta domar inte fanns i ett utdrag ur belastningsregistret eller i motsvarande handlingar, skulle handlingarna däremot godtas som bevis på att grund för uteslutning inte fanns. För det fall en anmodan inte följdes kunde anbudsansökan eller anbudet lämnas utan avseende. När det gällde utländska domar pekade regeringen på möjligheten att komplettera ett utdrag med ett rättsutlåtande om den aktuella domens relevans för uteslutningsbedömningen.

I avsnittet som rörde bestämmelserna om obligatorisk uteslutning på grund av brott framhöll regeringen (prop. 2006/07:128 s. 240) att åtgärder inom ramen för ett ärende som avslutades med att myndigheten träffade ett avtal inte innefattades i begreppet myndighetsutövning. Regeringen uttalade därvid att begreppet myndighetsutövning i den mening som avsågs i förvaltningslagen (1986:223) omfattade ärenden där saken avgjordes ensidigt genom beslut av myndigheten. Med hänvisning till rättsmedlens effektivitet behandlade regeringen dock tre olika rättssäkerhetsaspekter på en myndighets handläggning av ett ärende om upphandling. För *det första* menade regeringen med refererande till EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabriscom*, att en myndighet skulle lämna besked i frågan om uteslutning så snart den hade fått kännedom om alla omständigheter som behövdes för beslutet. För *det andra* ansåg regeringen att det var lämpligt att en anbudssökande eller en anbudsgivare gavs möjlighet att bemöta

sådan utredning som anbudssökanden eller anbudsgivaren inte själv hade tillfört ärendet. För det tredje bedömde regeringen att en anbudssökande eller en anbudsgivare i enlighet med EU-domstolens avgörande i mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, skulle ha en möjlighet att ansöka om överprövning av ett beslut om uteslutning.

När det gällde reglerna om uteslutning i artikel 45.2 i 2004 års LOU-direktiv, dvs. de som innebär att vissa omständigheter får medföra uteslutning av en leverantör, citerade regeringen (prop. 2007/06:128 s. 241) punkt 23 i EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-226/04 och C-228/04, *La Cascina och Zilch m.fl.* Med anledning av reglerna i nuvarande 10 kap. 2 § första stycket 3 och 4 och andra stycket LOU uttalade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 389) vidare att företräddarbegreppet hade samma innebörd i 10 kap. 1 och 2 §§ LOU.

Mot denna bakgrund fick paragraferna i nuvarande 10 kap. LOU den utformning som de hade fram till de ändringar som genomfördes åren 2010 och 2011.

2010 och 2011 års reformer

Reglerna i nuvarande 10 kap. LOU ändrades den 15 juli 2010 genom SFS 2010:571. Förändringarna innebar att det infördes en ny paragraf, 10 kap. 4 § LOU och att 10 kap. 2 § första stycket 6 och tredje stycket ändrades.

Ändringarna var framförallt ett resultat av ambitionen att minska den administrativa bördan för företag, särskilt för små och medelstora sådana, vid deltagande i offentliga upphandlingar (prop. 2009/10:180 del 1 s. 275–283 och bet. 2009/10:FiU22 s. 36).

Ytterligare ändringar av nuvarande 10 kap. LOU genomfördes den 1 november 2011 genom SFS 2011:1030. Förutom vissa språkliga ändringar gavs 10 kap. 1 § första stycket 1 LOU en ny lydelse. Den nya lydelsen föranleddes av att rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF av den 21 december 1998 hade upphävts och ersatts av rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet (prop. 2010/11:150 s. 463). När det gällde det nya rambeslutet redogjorde regeringen (prop. 2010/11:150 s. 229–230) för hur arbetet med genomförandet av rambeslutet dittills hade fortskridit och hänvisade därvid till prop. 2010/11:76.

Praxis

Den rättspraxis som finns på området rör framförallt tillämpningen av de fakultativa bestämmelserna om uteslutning, dvs. artikel 45.2 i 2004 års LOU-direktiv och nuvarande 10 kap. 2 § LOU.

I RÅ 2010 ref. 79 behandlade Högsta förvaltningsdomstolen förutsättningarna för uteslutning enligt nuvarande 10 kap. 2 § första stycket 3 LOU. I rättsfallet bedömde Högsta förvaltningsdomstolen dels om en person med viss anknytning till en leverantör var att betrakta som företrädare, dels om det stred mot proportionalitetsprincipen att utesluta leverantören i fråga på grund av nämnda persons brottslighet. Domstolen delade därvid kammarrättens bedömning.

Med tanke på att företrädarbegreppet enligt lagstiftaren ska vara detsamma i nuvarande 10 kap. 1 och 2 §§ LOU är Högsta förvaltningsdomstolens ställningstagande i RÅ 2010 ref. 79 av intresse för tillämpningen av båda paragraferna. Domstolen instämde således i kammarrättens bedömning att ett antal i målet aktuella anknytningsmoment motiverade att personen skulle anses som företrädare för leverantören i den mening som avses i 10 kap. 2 § LOU. Den instämde också i kammarrättens bedömning att det inte stred mot proportionalitetsprincipen att utesluta leverantören. Därvid togs hänsyn till den brottsliga handlingens svårighetsgrad – bokföringsbrott, brukande av falsk urkund, bestickning, grovt skattebrott, försvårande av skattekontroll och vållande till miljöstörning som hade begåtts åren 1999–2003 – och till den tid som hade förflutit sedan brotten begicks – cirka fem år sedan det sista brottet begicks.

Tillämpningen av bestämmelserna om uteslutning enligt nuvarande 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU behandlades av Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2013 ref. 61. Med hänvisning till EU-domstolens mål Forposta och ABC Direct Contact (se nedan) menade Högsta förvaltningsdomstolen att ett förfaringssätt som inbegrep hantering av osanna fakturor i syfte att betala löner till svart arbetskraft fick anses vara ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kunde leda till uteslutning från en upphandling. Vidare fann domstolen att den upphandlande myndigheten hade bevisbördan för att påstådda missförhållanden förelåg. När det gällde beviskravet uttryckte domstolen vidare att den upphandlande myndigheten fick göra sannolikt att leverantören hade gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Den åberopade

bevisningen – ett omprövningsbeslut av Skatteverket där de påstådda missförhållandena beskrevs – befanns därvid vara tillräcklig bevisning.

När det gäller EU-domstolens praxis tycks alltså det i prop. 2006/07:128 citerade rättsfallet, *La Cascina* och *Zilch* m.fl., vara av central betydelse. I nämnda rättsfall pekade domstolen (punkt 21) på att den fakultativa uteslutningsbestämmelsen rörde förhållanden hänförliga till en anbudssökande eller en anbudsgivares yrkesmässiga hederlighet, solvens och tillförlitlighet. I senare avgöranden har EU-domstolen beskrivit förhållandena som gällande en leverantörs ”yrkesmässiga förtjänster”, ”yrkesmässiga oförvitlighet” eller ”yrkeskvalifikationer” (se mål C-213/07, *Michaniki*, punkt 43; mål C-74/09, *Bâtiments och Ponts Construction och WISAG Produktionservice*, punkt 49; och mål C-465/11, *Forposta och ABC Direct Contact*, punkt 38).

I fråga om uppräkningsgrunderna i artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv beskrev EU-domstolen sin praxis på följande sätt i *Forposta och ABC Direct Contact*, punkt 38. ”Enligt domstolens fasta praxis anges emellertid i artikel 45 i detta direktiv en uttömmande förteckning över skälen för att utesluta en ekonomisk aktör från att delta i ett upphandlingsförfarande av skäl som, baserat på objektiva faktorer, avser dennes yrkeskvalifikationer. Bestämmelsen i fråga utgör följaktligen hinder mot att medlemsstaterna kompletterar förteckningen däri med ytterligare grunder för uteslutande baserade på kriterier avseende yrkeskvalifikationer.”

Med hänvisning till *Fabricom*, *Michaniki*, och mål C-538/07, *Assitur*, framhöll EU-domstolen i *Forposta och ABC Direct Contact*, punkt 39, att uppräkningsgrunderna i artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv endast var uttömmande med avseende på den ekonomiska aktörens yrkeskvalifikationer. När en uteslutning inte hade samband med yrkeskvalifikationerna, hindrade artikeln inte uteslutning. En uteslutning på grund av andra skäl än sådana som hade med en ekonomisk aktörs yrkeskvalifikationer att göra, kunde nämligen enligt domstolen godtas så länge den inte stred mot de unionsrättsliga principerna eller reglerna om upphandling.

I *Michaniki*, punkt 47, uttryckte EU-domstolen att det stod medlemsstaterna fritt att meddela föreskrifter om uteslutning som syftade till att säkerställa att principen om likabehandling av samtliga anbudsgivare och öppenhetsprincipen iakttogs. Sådana åtgärder fick dock enligt den allmänna rättsprincipen, proportionalitetsprincipen, inte gå utöver vad som var nödvändigt för att

nå detta mål (punkt 48). Av såväl Michaniki, punkterna 62 och 63, som Assitur, punkt 30, framgår att EU-domstolen vid tillämpningen av denna proportionalitetsprincip har fäst stor vikt vid om en anbudssökande eller anbudsgivare har tillåtits att föra bevisning om sådana omständigheter som talar emot de omständigheter som lagts den till last. I Assitur utvecklade domstolen dessutom sin syn på hur nationella lagstiftningsåtgärder som syftade till att stävja all potentiell samverkan mellan deltagare i samma upphandlingsförfarande och att värna om likabehandlingen av anbudssökande och anbudsgivare skulle bedömas i proportionalitetshänseende. Domstolen, punkt 32, framhöll därvid att det var nödvändigt att det gjordes en bedömning av de faktiska omständigheterna och att det prövades om förhållandena hade haft någon konkret inverkan på de påstått samverkande leverantörernas beteende inom ramen för det aktuella upphandlingsförfarandet.

I La Cascina och Zilch m.fl., som gällde 1992 års upphandlingsdirektiv, klargjorde domstolen, punkt 30, att tidpunkten då en leverantör ska ha fullgjort sina skyldigheter att betala skatt eller socialförsäkringsavgifter skulle bestämmas enligt nationell rätt. Detta följde enligt domstolen av att hänvisningen till nationell rätt beträffande ”ha fullgjort sina skyldigheter” också skulle omfatta fastställandet av relevant tidpunkt för bedömningen av om en leverantör har fullgjort sina skyldigheter.

7.2.2 LOU-direktivet

Bestämmelserna om grunder för uteslutning finns i artikel 57 i LOU-direktivet. I skälen 100–102 i direktivet beskrivs hur regelverket i fråga om uteslutning bör tillämpas.

I artikel 57.1 i LOU-direktivet finns regler om obligatorisk uteslutning av leverantörer på grund av brott. I likhet med punktens motsvarighet i 2004 års LOU-direktiv, artikel 45.1, ska en leverantör uteslutas om han eller hon genom en lagakraftvunnen dom har dömts för sådana brott som räknas upp i artikeln. I punktens andra stycke finns vidare föreskrifter om att när en person med viss anknytning till en leverantör har dömts för brott enligt första stycket, ska leverantören uteslutas.

Till de obligatoriska uteslutningsgrunderna hör enligt artikel 57.2 i LOU-direktivet även grunden obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter under förutsättning att betalningsskyldigheten

för skatten eller avgiften har fastställts genom ett domstolsavgörande eller ett administrativt beslut med slutlig och bindande verkan. I övrigt får obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter medföra uteslutning, dvs. en fakultativ grund. Det medges dock att medlemsstaterna föreskriver att obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter också i denna del ska vara en obligatorisk grund för uteslutning. Avslutningsvis anges att punkt 2 inte ska tillämpas när en leverantör har fullgjort sina skyldigheter eller träffat en bindande överenskommelse om återbetalning av beloppet inklusive eventuell ränta eller avgift.

Möjligheterna för medlemsstaterna att göra undantag från punkterna 1 och 2 regleras i artikel 57.3 i LOU-direktivet. Enligt första stycket ska det röra sig om tvingande hänsyn till allmänintresset, såsom folkhälsa eller miljöskydd, för att undantag ska kunna göras. Undantag från punkt 2 kan dessutom enligt andra stycket göras om en uteslutning är klart oproportionerlig. I stycket framhålls särskilt att detta kan aktualiseras om återbetalningsskyldigheten rör små belopp eller om frågan om återbetalningsskyldighet väcks så nära inpå utgången av tidsfristen att lämna in en anbudsansökning eller ett anbud att leverantören har saknat möjlighet att vidta åtgärder enligt tredje stycket i punkt 2.

De fakultativa uteslutningsgrunderna finns i artikel 57.4 första stycket i LOU-direktivet. De innebär att en leverantör får uteslutas om någon av de i punkten uppräknade situationerna är för handen. I punkten medges att medlemsstaterna i föreskrifter ålägger upphandlande myndigheter att utesluta en leverantör, när förutsättningar för uteslutning enligt uppräknningen föreligger. Medlemsstaterna har således en möjlighet att så att säga göra även dessa grunder till obligatoriska uteslutningsgrunder. I artikel 57.4 andra stycket i LOU-direktivet finns bestämmelser som tar sikte på led b i första stycket. Bestämmelserna medger att en leverantör under vissa förutsättningar inte utesluts trots att det finns skäl till det enligt led b i första stycket. Medlemsstaterna kan vidare göra det obligatoriskt att en leverantör i sådana fall inte får uteslutas.

Av artikel 57.5 i LOU-direktivet framgår att beslut om uteslutning av en leverantör kan fattas när som helst under ett upphandlingsförfarande om det visar sig att leverantören före eller under förfarandet har befunnit sig i någon av de situationer som avses i punkterna 1, 2 och 4. Regleringen är obligatorisk att genomföra avseende punkterna 1 och 2 och fakultativ i fråga om genomförande avseende punkt 4.

I första stycket i artikel 57.6 i LOU-direktivet finns bestämmelser som medger att en leverantör inte ska uteslutas enligt punkt 1 eller 4, om leverantören har vidtagit åtgärder som i tillräcklig grad visar att den fortsättningsvis är tillförlitlig. I andra stycket beskrivs hur en leverantör ska bära sig åt för att visa detta. Det handlar enligt andra stycket om att leverantören ska ha

1. ersatt eventuella skador,
2. uttömmande klargjort för omständigheterna kring missförhållandena,
3. aktivt samarbetat med utredande myndighet, och
4. vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel.

Av tredje stycket framgår att det är den upphandlande myndigheten som ska bedöma de åtgärder som leverantören har vidtagit och att myndigheten vid denna bedömning ska ta hänsyn till allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet. Om den upphandlande myndigheten inte bedömer åtgärderna som tillräckliga ska leverantören meddelas detta genom ett motiverat beslut.

Enligt fjärde stycket kan en leverantör inte utnyttja reglerna om motbevisning enligt denna punkt om leverantören har uteslutits från att delta i upphandlingsförfaranden genom en lagakraftvunnen dom. Detta gäller under den period som har fastslagits i domen.

Av artikel 57.7 i LOU-direktivet framgår att medlemsstaterna ska fastställa villkoren för tillämpningen av artikeln. I de nationella föreskrifterna ska därvid anges vad uteslutningsperioden maximalt får uppgå till. Om en sådan period inte har fastslagits genom en lagakraftvunnen dom, får den inte överskrida fem år när det gäller punkt 1 och tre år när det gäller punkt 4.

7.2.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna i artikel 57 i LOU-direktivet om undantag från uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter, när ett beslut som uteslutning skulle vara oproportionerligt, bör inte genomföras i svensk rätt genom särskilda föreskrifter på området. Möjligheten att föreskriva att en leverantör under vissa förutsättningar inte får uteslutas på grunden som avses i artikel 57.4 första stycket b i LOU-direktivet bör inte utnyttjas. Regelverket i artikeln som tar sikte på sådana ordningar där ett beslut om uteslutning inte bara gäller för den aktuella upphandlingen utan även för kommande upphandlingar bör inte heller genomföras i svensk rätt. Bestämmelserna om skäl för uteslutning i artikel 57 i LOU-direktivet ska i övrigt genomföras i svensk rätt genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Allmänt om regleringens systematik

Systematiskt kan grunderna för uteslutning av leverantörer enligt artikel 57 i LOU-direktivet delas in i tre grupper, nämligen uteslutning på grund av brott (artikel 57.1 i LOU-direktivet), uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter (artikel 57.2 i LOU-direktivet) och uteslutning på grund av allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs (artikel 57.4 i LOU-direktivet). Även om bestämmelserna om uteslutning för dessa tre grupper skiljer sig åt på flera punkter, så finns det vissa gemensamma huvuddrag i regleringen. Utredningen vill därvid peka på följande fyra huvudlinjer i regelverket om grunderna för uteslutning enligt LOU-direktivet.

För det första fordrar regleringen inte att en upphandlande myndighet regelmässigt kräver in utredning som helt eliminerar risken för att det i en upphandling deltar leverantörer som borde ha uteslutits. För myndigheten handlar det i stället om att åtgärderna för att undvika att leverantörer med tvivelaktiga yrkesmässiga förtjänster tillåts delta i upphandlingen, inte strider mot proportionalitetsprincipen. Bestämmelserna för samtliga tre grupper av uteslutningsgrunder ger enligt utredningens mening också uttryck

för att ett beslut om uteslutning är ett resultat av en proportionalitetsavvägning som ytterst tar sikte på bristernas faktiska betydelse för leverantörens yrkeskvalifikationer för den upphandling som är aktuell.

När det däremot finns indikationer på att grund för uteslutning kan föreligga, följer det *för det andra* av regelverket, att en upphandlande myndighet bör vidta de åtgärder som LOU-direktivet anvisar för att förvissa sig om eventuella uteslutningsgrunderns existens och betydelse för den aktuella upphandlingen. Sådana indikationer kan vara den upphandlande myndighetens tidigare kännedom om leverantören eller uppgifter om leverantören i massmedia eller från andra leverantörer. En indikation som framkommer i ett ärende kan dock inte utan vidare läggas till grund för ett beslut om uteslutning. Som framgår av praxis från EU-domstolen (se särskilt Assitur, punkt 32) ska det nämligen göras en prövning av i vilken utsträckning omständigheterna är av betydelse för den aktuella upphandlingen. Förekomsten av en indikation får därför framförallt den konsekvensen att den upphandlande myndigheten bör överväga att företa utredningsåtgärder.

Av bestämmelserna framgår *för det tredje* att ovan nämnda utredningsåtgärder ytterst syftar till att ge ett fullgott underlag för ett motiverat ställningstagande vid uteslutningsbedömningen. Den åtgärd som anvisas i LOU-direktivet beträffande samtliga tre grupper av uteslutningsgrunder kan enligt utredningen sammanfattas med att leverantören i fråga tillåts ifrågasätta indikationen eller förklara varför den inte ska leda till uteslutning från den aktuella upphandlingen, eller med andra ord, varför den påstådda indikationen saknar relevans för den aktuella upphandlingen.

För det fjärde ska eller får den upphandlande myndigheten utesluta leverantören, om leverantören inkommer med en förklaring som inte är tillfyllest eller inte inkommer med någon förklaring över huvud taget.

Uteslutning av leverantörer på grund av brott – hänvisningar till EU-rättsakter

Artikel 57.1 i LOU-direktivet bör enligt utredningens bedömning genomföras i svensk rätt med nuvarande 10 kap. 1 § LOU och 11 kap. 1 § första stycket lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet som förebilder.

När det gäller hänvisningarna till artiklar om brott i relevanta EU-rättsakter, ser utredningen ingen anledning att avvika från den metod för genomförande av artikel 45.1 i 2004 års LOU-direktiv som användes i prop. 2006/07:128 (se avsnitt 7.2.1 ovan). Metoden innebär att det i den nya lagen om offentlig upphandling får hänvisas till aktuella EU-rättsakter. Samma metod har för övrigt valts för genomförande av motsvarande regler beträffande upphandling på försvars- och säkerhetsområdet enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Den angivna metoden är inte invändningsfri från tillämpnings-synpunkt men framstår likväl som acceptabel, om den kombineras med en beskrivning av innebörden av referenserna till de olika EU-rättsakterna. En sådan beskrivning innehåller lämpligen de överväganden som regering och riksdag har gjort när det gäller harmonisering på det straffrättsliga området med anledning av aktuella EU-rättsakter. Därigenom ges en bild av vilka svenska straffbestämmelser som har bedömts motsvara gärningarna i EU-rättsakterna.

När det gäller brott som en leverantör har dömts för utomlands, är det dock ogörligt att ge ens någon generell vägledning. Det går i detta sammanhang inte konstatera något annat än att när sådana förhållanden blir aktuella, får uteslutningsbedömningen göras med beaktande av den aktuella statens straffbestämmelser och hur de bestämmelserna förhåller sig till de relevanta EU-rättsakterna. I denna kontext bör vidare artikel 86 i LOU-direktivet uppmärksammas där det finns regler om administrativt samarbete. Av artikeln framgår att medlemsstaterna för att säkerställa informationsutbytet i de frågor som avses i bl.a. artikel 57 i LOU-direktivet ska dels ge varandra ömsesidigt bistånd, dels vidta åtgärder för ett effektivt samarbete dem emellan. (Genomförandet av artikel 86 behandlas i avsnitt 12.5.)

Organiserad brottslighet

I artikel 57.1 första stycket a i LOU-direktivet hänvisas till artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet. Rambeslutet genomfördes genom ändringar den 1 juli 2011 i brottsbalken, miljöbalken, skattebrottslagen (1971:69), jaktlagen (1987:259), lagen (1998:506) om punktskattekontroll av transporter m.m. av alkoholvaror,

tobaksvaror och energiprodukter och lagen (2005:377) om straff för marknadsmissbruk vid handel med finansiella instrument (prop. 2010/11:76, bet. 2010/11:JuU26, rskr. 2010/11:255).

I artikel 2 i rambeslutet föreskrivs följande under rubriken Brott som rör deltagande i en kriminell organisation.

Varje medlemsstat ska vidta nödvändiga åtgärder för att se till att den ena eller båda av följande typer av beteende som rör en kriminell organisation betraktas som brottsliga gärningar.

a) Beteendet hos en person, som med avsikt och med kunskap om antingen den kriminella organisationens syfte och allmänna verksamhet eller organisationens avsikt att begå brotten i fråga, aktivt deltar i organisationens brottsliga verksamhet, vari inbegrips tillhandahållande av information eller materiellt stöd, rekrytering av nya medlemmar och alla former av finansiering av verksamheten, med vetskap om att deltagandet kommer att bidra till genomförandet av organisationens brottsliga verksamhet.

b) Det beteende hos en person som utgörs av en överenskommelse med en eller flera personer om en verksamhet, som om den genomförs innebär att brott som avses i artikel 1 begås, även om personen i fråga inte deltar i det egentliga genomförandet av verksamheten.

Med kriminell organisation avses enligt definitionen i artikel 1 i rambeslutet en strukturerad sammanslutning, som har inrättats under en tid, av mer än två personer som handlar i samförstånd för att begå brott som bestraffas med frihetsberövande eller en frihetsberövande säkerhetsåtgärd på maximalt minst fyra år eller en strängare sanktion, för att direkt eller indirekt erhålla ekonomiska eller materiella fördelar. En strukturerad sammanslutning är enligt samma artikel en sammanslutning som inte tillkommit slumpartat i det omedelbara syftet att begå ett brott eller som inte nödvändigtvis har formellt fastställda roller för medlemmarna, kontinuitet i sammansättningen eller en utarbetad struktur.

Vid genomförandet av rambeslutet bedömde regeringen (prop. 2010/11:76 s. 20) att det inte krävdes att det infördes en legaldefinition av begreppet kriminell organisation. De gärningstyper som fick anses omfattas av rambeslutet var enligt regeringen sådana som normalt var att förknippa med organiserad brottslighet och som var av allvarlig och gränsöverskridande karaktär. Till dessa typer hörde enligt regeringen (prop. 2010/11:76 s. 21) stöld, rån, bedrägeri, penningförfalskning, dobbleri, koppleri, människohandel, bestickning (numera givande av muta), narkotikabrott, vapenhandel, smugglingsbrott och människosmuggling.

Regeringen (prop. 2010/11:76 s. 26) bedömde att rambeslutet lämpligen borde genomföras enligt den i led a i artikel 2 i rambeslutet föreskrivna metoden, vilket innebar att det fick övervägas kriminalisering på försöks- och förberedelsestadierna för vissa brottstyper. Regeringen sammanfattade därvid vilka brottstyper rambeslutet omfattade och angav dels att det rörde sig om brottstyper som hade ett maximistraff om minst fyra års fängelse, dels att en väsentlig begränsning följde av att brottsligheten skulle syfta till att direkt eller indirekt ge ekonomiska eller materiella fördelar, och dels att rambeslutet inte var tillämpligt på situationen att en gärningsman tog emot ersättning för att utföra vilket som helst brott som inte leder till någon ekonomisk eller materiell fördel.

När det gällde kriminalisering på försöks- och förberedelsestadierna ansåg regeringen (prop. 2010/11:76 s. 27) att koppleri, grov förskingring, grovt bokföringsbrott, bestickning (grovt brott) (numera grovt givande av muta), grovt skattebrott, olovlig förflyttning av punktskattepliktiga varor (grovt brott) och grovt insiderbrott skulle kriminaliseras på förberedelsestadiet. Vidare skulle grovt miljöbrott, grovt artskyddsbrott samt de grova fallen av jaktbrott och jakthäleri kriminaliseras på försöks- och förberedelsestadierna.

Det bör avslutningsvis noteras när det gäller rambeslutet att flera medlemsstater, bl.a. Tyskland, Österrike, Nederländerna och Finland, har valt att införa särskilda straffbestämmelser för deltagande i en kriminell organisation. Om en leverantör enligt en lagakraftvunnen utländsk dom har dömts för ett sådant brott, torde utslutning böra ske (jfr prop. 2010/11:150 s. 230).

Korruption

I artikel 57.1 första stycket b refereras till definitionerna av bestickning i dels artikel 3 i konvention utarbetad på grundval av artikel K 3.2 c i Fördraget om Europeiska unionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruptionskonventionen (se rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i Fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i), dels artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av

den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn. I led b i samma artikel hänvisas vidare till korruption enligt definitionen i den nationella lagstiftning som är tillämplig på en upphandlande myndighet eller leverantör (ekonomisk aktör)

Med bestickning avses enligt artikel 3 i korruptionskonventionen varje avsiktlig handling som utförs av en person för att direkt eller genom tredje man utlova eller bevilja en förmån, oavsett art, till en tjänsteman, för egen räkning eller för tredje mans räkning, för att denne på ett sätt som strider mot hans officiella förpliktelser ska utföra eller underlåta att utföra en handling i tjänsten eller vid utövandet av tjänsten.

Vid ratificeringen av korruptionskonventionen bedömde regeringen (prop. 1998/99:32 s. 43–45, 52–53, 71–74) att bestickning enligt 17 kap. 7 § BrB med vissa förtydliganden täckte det handlande som skulle straffbeläggas enligt konventionen.

I artikel 2 i det ovan nämnda rambeslutet finns bestämmelser om aktiv och passiv korruption. Med aktiv korruption (jfr bestickning enligt korruptionskonventionen) avses enligt artikel 2.1 i rambeslutet att direkt eller genom en mellanhand lova, erbjuda eller ge en person som i någon egenskap leder eller arbetar för ett företag inom den privata sektorn en otillbörlig förmån, oavsett art, för egen räkning eller för tredje mans räkning, för att denna person i strid med sina skyldigheter ska utföra eller underlåta att utföra en handling.

Rambeslutet har inte föranlett någon lagstiftning i Sverige, vilket får antas bero på att den svenska lagstiftningen rörande givande av muta redan omfattar såväl offentlig som privat sektor. Det som sagts ovan beträffande korruptionskonventionens definition får därför i allt väsentligt antas gälla även för definitionen av aktiv korruption enligt rambeslutet (jfr prop. 2006/07:128 s. 231).

Den svenska mutbrottslagstiftningen har relativt nyligen reformerats (prop. 2011/12:79, bet. 2011/12:JuU23, rskr. 2011/12:222). Sedan den 1 juli 2012 är mutbrott kriminaliserat som tagande av muta (10 kap. 5 a § BrB) och bestickning som givande av muta (10 kap. 5 b § BrB). Till mutbrotten fördes också genom reformen två nya brott, nämligen handel med inflytande (10 kap. 5 d § BrB) och vårdslös finansiering av mutbrott (10 kap. 5 e § BrB).

Att reglerna om givande av muta, liksom dess tidigare motsvarighet bestickning, motsvarar den kriminalisering som åsyftas med artiklarna i de ovan berörda EU-rättsakter står enligt utredningens mening klart. Med tanke på att artikel 57 första stycket b i LOU-direktivet utöver berörda EU-rättsakter också hänvisar till

nationella bestämmelser om korruption, väljer dock utredningen att avvakta med den närmare analysen av i vilken utsträckning den nya svenska mutbrottslagstiftningen går utöver den kriminalisering som följer av EU-rättsakterna. En fråga som bör behandlas före en sådan analys är i stället vad hänvisningen till nationella bestämmelser om korruption i led b i artikeln i LOU-direktivet innebär för svenskt vidkommande.

När det gäller hänvisningen till nationella bestämmelser om korruption i artikel 57.1 första stycket b i LOU-direktivet bör först noteras att regleringstekniken lämnar ett betydande utrymme att ta hänsyn till vad som enligt nationell rätt har kriminaliserats som korruption. I led b i nämnda artikel anges ju att hänvisningen rör ”korruption enligt definition i nationell lagstiftning”. Bedömningen av om de nationella reglerna rör just korruption i direktivets mening, får således göras utifrån en nationell kontext.

Enligt utredningens mening innebär referensen till nationella korruptionsbestämmelser i led b att mutbrottens båda sidor träffas. Hänvisningen tar alltså sikte på nationell kriminalisering av både tagande och givande av muta. I svensk kontext blir det alltså brotten tagande och givande av muta. Det framstår vidare som följdriktigt att den svenska kriminaliseringen av handel med inflytande bör omfattas av referensen till nationella korruptionsbestämmelser. Även det svenska brottet vårdslös finansiering av mutbrott bör falla in under vad som avses med nationella korruptionsbestämmelser. Det senare brottet innebär att straffansvar kan inträda för medverkan utan att den medverkande haft uppsåt att främja gärningen i fråga. Det som är straffbelagt är att en näringsidkare tillhandahåller pengar eller andra tillgångar åt den som företräder näringsidkaren i en viss angelägenhet och därigenom av grov oaktsamhet främjar givande av muta, grovt givande av muta, eller handel med inflytande i den angelägenheten.

Sammanfattningsvis innebär det ovan anförda beträffande hänvisningen till nationella bestämmelser om korruption, att grund för uteslutning av en leverantör enligt artikel 57.1 första stycket b i LOU-direktivet finns, om han eller hon har dömts genom en laga-kraftvunnen dom för något av brotten tagande av muta, givande av muta, grovt tagande av muta, grovt givande av muta, handel med inflytande och vårdslös finansiering av mutbrott enligt 10 kap. 5 a–5 e §§ BrB. Detta gäller med hänsyn till regleringstekniken i artikel 57.1 första stycket b i LOU-direktivet även om de nationella bestämmelserna i 10 kap. 5 a–5 e §§ BrB i något avseende skulle

anses gå utöver det som krävs i fråga om kriminalisering enligt de två omnämnda EU-rättsakterna i led b i artikeln. Om det i något fall kan konstateras att en lagakraftvunnen dom för något av de nyss nämnda brotten i 10 kap. BrB går utöver det krav på kriminalisering som följer av hänvisningen till de två EU-rättsakterna i led b, så finns det i kraft av hänvisningen till nationella korruptionsbestämmelser i samma led ändå grund för uteslutning. Det finns därför mot denna bakgrund inte någon anledning för utredningen att närmare analysera i vilken utsträckning den nya svenska mutbrottslagstiftningen i någon del går utöver den kriminalisering som följer av artiklarna i EU-rättsakterna enligt artikel 57.1 första stycket b i LOU-direktivet.

Att det enligt det ovan sagda går att peka på vilka straffbestämmelser i 10 kap. BrB som avses med hänvisningen i LOU-direktivet, innebär enligt utredningen inte per automatik att aktuella svenska straffbestämmelser också ska räknas upp i den nya lagens paragraf om uteslutning på grund av brott. Hänvisningen gäller ju även andra medlemsstaters nationella straffbestämmelser om korruption. Situationen blir därför snarlik den som har motiverat metoden att i den nya lagens bestämmelser enbart hänvisa till aktuella EU-rättsakter och i förarbetena beskriva betydelsen av hänvisningarna. Om man väljer att på denna punkt och beträffande artikel 57.1 första stycket f i LOU-direktivet (se nedan angående människohandel) avvika från den tillämpade metoden och uttryckligen referera till aktuella straffbestämmelser, i det här fallet vissa av paragraferna 10 kap. BrB, så finns det dessutom en risk att detta går ut över den tydlighet och tillgänglighet som nyss beskrivna metod trots att allt får anses bidra till. Utredningen bedömer mot denna bakgrund att aktuella regler i 10 kap. BrB inte uttryckligen bör anges i den aktuella paragrafen i den nya lagen.

Bedrägeri

I artikel 57.1 första stycket c i LOU-direktivet hänvisas till artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, bedrägerikonventionen (se rådets akt av den 26 juli 1995 om utarbetandet av konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen). Artikel 1 i bedrägerikonventionen har följande lydelse.

1. I denna konvention förstås med bedrägeri som riktar sig mot Europeiska gemenskapernas finansiella intressen:

a) i fråga om utgifter, varje uppsåtlig handling eller uppsåtlig underlåtenhet som är att hänföra till

– användning eller presentation av falska, felaktiga eller ofullständiga uppgifter eller dokument, om detta leder till att medel från Europeiska gemenskapernas allmänna budget eller från de budgetar som förvaltas av Europeiska gemenskaperna eller för deras räkning otillbörligen uppbärs eller innehålls,

– undanhållande av information som skall lämnas i enlighet med särskilda föreskrifter, om gärningen har samma effekt,

– användning av sådana medel för andra syften än dem som medlen ursprungligen har beviljats för,

b) i fråga om inkomster, varje uppsåtlig handling eller uppsåtlig underlåtenhet som är att hänföra till

– användning eller presentation av falska, felaktiga eller ofullständiga uppgifter eller dokument, om detta leder till att medel från Europeiska gemenskapernas allmänna budget eller från de budgetar som förvaltas av Europeiska gemenskaperna eller för deras räkning minskas på ett olagligt sätt,

– undanhållande av information som skall lämnas i enlighet med särskilda föreskrifter, om gärningen har samma effekt,

– missbruk av en förmån som lagligen erhållits, om gärningen har samma effekt.

2. Om inte annat följer av artikel 2.2 skall varje medlemsstat vidta nödvändiga och lämpliga åtgärder för att överföra bestämmelserna i punkt 1 till den nationella straffrätten så att de förfaranden som avses där beläggs med straff.

3. Om inte annat följer av artikel 2.2 skall varje medlemsstat också vidta nödvändiga åtgärder för att uppsåtligt upprättande eller uppsåtligt tillhandahållande av falska, felaktiga eller ofullständiga uppgifter eller dokument som har den effekt som anges i punkt 1, beläggs med straff om gärningarna inte redan är straffbelagda, antingen som gärningsmannaskap eller som medhjälp, anstiftan eller försök till bedrägeri enligt definitionen i punkt 1.

4. Bedömningen av om en handling eller underlåtenhet enligt punkterna 1 och 3 varit uppsåtlig får göras mot bakgrund av yttre faktiska omständigheter.

När frågan om bedrägerikonventionens ratificering behandlades ansåg regeringen (prop. 1998/99:32 s. 23) att konventionen inte krävde att åtskillnaden mellan utgifts- och inkomstsidan enligt led a och b i artikel 1.1 i konventionen skulle upprätthållas i den svenska rätten. Det avgörande för frågan hur artikel 1.1 i konventionen skulle införlivas i svensk rätt var enligt regeringen om gärningarna i

nämnda punkt var straffbelagda enligt svensk rätt. Med denna utgångspunkt uttalade regeringen (prop. 1998/99:32 s. 23–24) att gärningarna i artikel 1.1 i konventionen – oavsett om de avsåg inkomst- eller utgiftssidan – i huvudsak redan var straffbelagda enligt svensk rätt. Regeringen nämnde därvid följande straffbestämmelser eller strafflagar: bedrägeri (9 kap. 1 § BrB), oredligt förfarande (9 kap. 8 § BrB), osann försäkran (15 kap. 10 § BrB), osant intygande eller brukande av osann urkund (15 kap. 11 § BrB), skattebrottslagen (1971:69) och lagen (1962:120) om straff i vissa fall för oriktiga ursprungsintyg. Därutöver hänvisades till de numera upphävda lagen (1960:418) om straff för varusmuggling och tullagen (1994:1550). De upphävda lagarna har ersatts av lagen (2000:1225) om straff för smuggling och tullagen (2000:1281).

I fråga om de straffbestämmelser och andra sanktioner som kompletterade bestämmelserna om brott i BrB i den nyss gjorda uppräknningen, framhöll regeringen (prop. 1998/99:32 s. 24) särskilt att ej fullgjord anmälningsplikt enligt lagen om straff för varusmuggling (numera lag om straff för smuggling) kunde innebära att brott förelåg. Nämnda kriminalisering omfattade även grov oaktsamhet. När det gällde skattebrottslagens bestämmelser uttalade regeringen att de mer sällan torde bli aktuella att tillämpa i de situationer som avsågs i bedrägerikonventionen. Värt att notera är vidare att regeringen i sammanhanget även nämnde den administrativa sanktionen tulltillägg.

Med hänvisning till straffbestämmelserna och de administrativa sanktionerna ovan uttalade regeringen (prop. 1998/99:32 s. 24) att den svenska lagstiftningen torde väl uppfylla de krav på kriminalisering eller andra sanktioner som bedrägerikonventionen i detta avseende förutsatte.

Tredje strecksatserna i led a och b i artikel 1.1. i bedrägerikonventionen medförde dock att en bestämmelse om subventionsmissbruk infördes i svensk rätt, 9 kap. 3 a § BrB. Regeringen (prop. 1998/99:32 s. 24) ansåg att de situationer som avsågs i nämnda strecksatser i vissa fall skulle träffas av bestämmelsen om förskingring enligt 10 kap. 1 § BrB. För att försäkra sig om att samtliga situationer enligt strecksatserna ändå var straffbelagda enligt svensk rätt bedömdes det som nödvändigt att införa bestämmelsen om subventionsmissbruk.

De gärningar som avsågs i artikel 1.3 i bedrägerikonventionen bedömde regeringen (prop. 1998/99:32 s. 29) vara kriminaliserade

som urkundsförfalskning (14 kap. 1 § BrB) eller som osant intygande eller brukande av osann urkund (15 kap. 11 § BrB).

Om en leverantör genom en lagakraftvunnen dom befinns straffrättsligt ansvarig för någon av de gärningar som behandlats ovan, så följer dock inte med automatik att en sådan leverantör ska uteslutas. Som framgått innehåller nämligen artikel 1 i bedrägerikonventionen flera begränsande moment.

För det första ska ett bedrägeri i bedrägerikonventionens mening rikta sig mot Europeiska gemenskapernas finansiella intressen. I led a och b i artikel 1.1 i konventionen uttrycks det på det sättet att gärningarna ska leda till att medel från Europeiska gemenskapernas allmänna budget eller från de budgetar som förvaltas av Europeiska gemenskaperna eller för deras räkning otillbörligen uppbärs eller innehålls (utgiftssidan enligt led a) eller på olagligt sätt minskas (inkomstsidan enligt led b). Utredningen instämmer därvid i tidigare gjorda bedömningar att enbart ett fåtal av de uppräknade brotten torde inverka på Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (jfr prop. 2006/07:128 s. 233 och prop. 2010/11:150 s. 231). Bedrägeri enligt 9 kap. 1 § BrB är ett av de brott som typiskt sett också kan riktas mot nämnda finansiella intressen. Då tullar och avgifter får anses höra till inkomstsidan enligt artikel 1.1 b i bedrägerikonventionen, kan tullbrott enligt 8 § lagen om straff för smuggling också anses leda till sådana effekter (jfr prop. 2006/07:128 s. 233–234 och prop. 2010/11:150 s. 231).

För det andra ska hänsyn tas till bedrägerikonventionens konstruktion när det gäller inkomstsidan (artikel 1.1 b). I samband med bedrägerikonventionens ratificering uttalade regeringen (prop. 1998/99:32 s. 17) följande beträffande vad som avsågs med inkomster enligt led b i artikel 1.1 i konventionen.

Med inkomster avses bl.a. tullar och avgifter för handeln med tredje land inom ramen för den gemensamma tull- och jordbrukspolitik. Till inkomster räknas däremot inte mervärdesskatt och avgifter beräknade på medlemsstaternas bruttonationalprodukt.

Med bl.a. nyss citerade uttalande som grund bedömde regeringen (prop. 2006/07:128 s. 233–234) vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv att skattebrott innefattande momsbedrägeri visserligen kunde ses som riktat mot inkomstsidan av de finansiella intressen som bedrägerikonventionen tog sikte på, men att sådana indirekta effekter inte torde innebära att sådana gärningar skulle omfattas av artikel 1.1 i bedrägerikonventionen.

För det tredje tar artikel 1 i bedrägerikonventionen enbart sikte på uppsåtliga gärningar ("uppsåtlig handling", "uppsåtlig underlåtenhet", "uppsåtligt upprättande" och "uppsåtligt tillhandahållande"). Oavsett hur ett tulltillägg förhåller sig till bedrägerikonventionen i övrigt (se ovan), torde kravet på uppsåt göra att ett påfört tulltillägg inte ska medföra uteslutning på grund av brott. Detta följer av att uteslutningsreglerna kräver att en leverantör enligt en lagakraftvunnen dom ska ha dömts för ett brott som innefattar en gärning som omfattas av artikel 1 i bedrägerikonventionen. Även om grunden för ett påförande av tulltillägg mycket väl kan vara en uppsåtlig handling, så innefattar ju den lagakraftvunna domen avseende tulltillägget inte något ställningstagande i fråga om uppsåtet.

Som framgått torde de ovan begränsande momenten innebära att de brott som framförallt blir aktuella att bedöma för en upphandlande myndighet är bedrägeri enligt 9 kap. 1 § BrB och tullbrott enligt 8 § lagen om straff för smuggling. Därutöver tillkommer givetvis brottet subventionsmissbruk enligt 9 kap. 3 a § BrB. Vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv erinrade regeringen (prop. 2006/07:128 s.234) om att det kunde uppstå situationer som omfattades av artikel 1 i bedrägerikonventionen, men inte av någon av de i detta avsnitt uppräknade straffbestämmelserna utan i stället av någon annan. Regeringen ansåg vidare att det inte helt gick att utesluta att ett brott riktat mot Europeiska gemenskapernas finansiella intressen också kunde falla utanför bedrägerikonventionens tillämpningsområde. Gemensamt för de båda sistnämnda situationerna är enligt utredningen att de inte framstår som särskilt sannolika.

Terroristbrott och brott med anknytning till terroristverksamhet

I artikel 57.1 första stycket d i LOU-direktivet hänvisas till artiklarna 1, 3 och 4 i rådets rambeslut av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism (2002/475/RIF).

I artikel 1.1 i rambeslutet, som innehåller rambeslutets definition på terroristbrott, anges följande.

Varje medlemsstat skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att de uppsåtliga handlingar som avses i punkterna a–i och som genom sin art eller sitt sammanhang allvarligt kan skada ett land eller en inter-

- nationell organisation skall betraktas som terroristbrott i enlighet med brottsbeskrivningarna i nationell lagstiftning, när de begås i syfte att
- injaga allvarlig fruktan hos en befolkning,
 - otillbörligen tvinga offentliga organ eller en internationell organisation att utföra eller att avstå från att utföra en viss handling, eller
 - allvarligt destabilisera eller förstöra de grundläggande politiska, konstitutionella, ekonomiska eller sociala strukturerna i ett land eller i en internationell organisation,
- a) angrepp mot en persons liv som kan leda till döden,
 - b) allvarliga angrepp på en persons fysiska integritet,
 - c) människorov eller tagande av gisslan,
 - d) förorsakande av omfattande förstörelse av en regeringsanläggning eller offentlig anläggning, transportsystem, infrastruktur, inklusive datasystem, en fast plattform belägen på kontinentalsockeln, en offentlig plats eller privat egendom, som kan komma att utsätta människoliv för fara eller förorsaka betydande ekonomiska förluster,
 - e) kapning av luftfartyg och fartyg eller andra kollektiva transportmedel eller godstransportmedel,
 - f) tillverkning, innehav, förvärv, transport, tillhandahållande eller användning av skjutvapen, sprängämnen eller kärnvapen, av biologiska eller kemiska vapen, samt, när det gäller biologiska och kemiska vapen, forskning och utveckling,
 - g) utsläpp av farliga ämnen eller orsakande av brand, översvämningar eller explosioner, vilka utsätter människoliv för fara,
 - h) att störa eller avbryta försörjningen av vatten, elkraft eller andra grundläggande naturresurser, när detta utsätter människoliv för fara,
 - i) hot om att utföra någon av de handlingar som räknas upp i punkterna a–h.

I artikel 1.2 i rambeslutet erinras om att effekterna av rambeslutet inte ändrar på skyldigheten att respektera de grundläggande rättigheterna och de grundläggande rättsprinciperna i enlighet med vad som fastställs i artikel 6 i Fördraget om Europeiska unionen.

Rambeslutet ändrades år 2008 genom rådets rambeslut 2008/919/RIF av den 28 november 2008 om ändring av rambeslut 2002/475/RIF om bekämpande av terrorism. Därefter har artiklarna 3 och 4 i rambeslutet följande lydelse.

Artikel 3

Brott med anknytning till terroristverksamhet

1. I detta rambeslut gäller följande definitioner:

- a) *offentlig uppmaning till terroristbrott*: att sprida eller på annat sätt göra ett meddelande tillgängligt för allmänheten i syfte att anstifta till något av de brott som anges i artikel 1.1 a–h, om detta handlingssätt,

oavsett om det är fråga om att direkt förespråka terroristbrott eller inte, medför fara för att ett eller flera sådana brott begås.

b) *rekrytering för terroristsyften*: att försöka förmå en annan person att begå något av de brott som anges i artikel 1.1 a–h eller artikel 2.2.

c) *utbildning för terroristsyften*: att tillhandahålla instruktioner för tillverkning eller användning av sprängämnen, skjutvapen, andra vapen eller skadliga eller farliga ämnen, eller instruktioner om andra speciella metoder eller tekniker, i syfte att begå något av de brott som anges i artikel 1.1 a–h och med vetskap om att de kunskaper som tillhandahålls är avsedda för detta ändamål.

2. Varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att följande uppsåtliga gärningar ska betraktas som brott med anknytning till terroristverksamhet:

a) Offentlig uppmaning till terroristbrott.

b) Rekrytering för terroristsyften.

c) Utbildning för terroristsyften.

d) Grov stöld i syfte att begå något av de brott som anges i artikel 1.1.

e) Utpressning i syfte att begå något av de brott som anges i artikel 1.1.

f) Upprättande av förfalskade administrativa dokument i syfte att begå något av de brott som anges i artiklarna 1.1 a–h och 2.2 b.

3. För att en gärning enligt punkt 2 ska vara straffbar behöver ett terroristbrott inte ha begåtts.

Artikel 4

Medhjälp, anstiftan och försök

1. Varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att straffbelägga medhjälp till något av de brott som anges i artikel 1.1, artiklarna 2 eller 3.

2. Varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att straffbelägga anstiftan till något av de brott som anges i artikel 1.1, artikel 2 eller artikel 3.2 d–f.

3. Varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att straffbelägga försök att begå något av de brott som anges i artiklarna 1.1 och 3.2 d–f, med undantag för innehav enligt artikel 1.1 f och brott enligt artikel 1.1 i.

4. Varje medlemsstat får besluta att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att straffbelägga försök att begå något av de brott som anges i artikel 3.2 b och c.

Rambeslutet genomfördes i svensk rätt genom lagen (2003:148) om straff för terroristbrott (prop. 2002/03:38, bet. 2002/03:JuU12, rskr. 2002/03:148). Terroristbrott enligt artikel 1 i rambeslutet bedömdes av regeringen motsvara terroristbrott enligt 2 och 3 §§

lagen om straff för terroristbrott (prop. 2002/03:38 s. 39–40 och 55–63).

I fråga om brotten som i dag nämns i artikel 3.2 d–f i rambeslutet uttalade regeringen (prop. 2002/03:38 s. 95) att dessa motsvarades av stöld och grov stöld, 8 kap. 1 och 4 §§ BrB, rån och grovt rån, 8 kap. 5 och 6 §§ BrB, utpressning, 9 kap. 4 § BrB, och urkundsförfalskning och grov urkundsförfalskning, 14 kap. 1 och 3 §§ BrB. Kraven enligt artikel 4 i rambeslutet på kriminalisering av anstiftan av, medhjälp till och försök till brotten enligt artikel 3.2 d–f uppfylldes därmed genom BrB:s bestämmelser i ämnet.

Ändringarna av rambeslutet genomfördes genom lagen (2010:299) om straff för offentlig uppmaning, rekrytering och utbildning avseende terroristbrott och annan särskilt allvarlig brottslighet (prop. 2009/10:78, bet 2009/10:JuU22, rskr. 2009/10:234). Kravet på kriminalisering bedömdes i förhållande till lagen om straff för terroristbrott varvid regeringen (prop. 2009/20:78 s. 29 och 38–48) fann att brott med anknytning till terroristverksamhet enligt artikel 3 i rambeslutet motsvarade brotten enligt lagen (2010:299) om straff för offentlig uppmaning, rekrytering och utbildning avseende terroristbrott och annan särskilt allvarlig brottslighet.

När det gällde kravet enligt artikel 4 i rambeslutet på kriminalisering av medhjälp till, anstiftan av eller försök till gärningarna enligt artikel 1.1 i rambeslutet, bedömde regeringen att det var uppfyllt dels genom att försök straffbelades enligt 4 § lagen om straff för terroristbrott, dels genom bestämmelserna om anstiftan och medhjälp enligt 23 kap. 4 § BrB (prop. 2002/03:38 s. 63 och 92). Regeringen (2009/10:78 s. 32) gjorde samma bedömning i fråga om anstiftan och medhjälp beträffande gärningarna enligt artikel 3 i rambeslutet. I fråga om försök synes redan straffbestämmelsernas konstruktion – 3–5 §§ lagen om straff för offentlig uppmaning, rekrytering och utbildning avseende terroristbrott och annan särskilt allvarlig brottslighet – vara sådan att kravet på kriminalisering av försök enligt rambeslutet är uppfyllt (jfr 2009/10:78 s. 33, 42–48 och 59–61).

Penningtvätt och finansiering av terrorism

I artikel 57.1 första stycket e i LOU-direktivet hänvisas till artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella

systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism (tredje penningtvättsdirektivet). I artikel 1 i det tredje penningtvättsdirektivet anges följande.

1. Medlemsstaterna skall säkerställa att penningtvätt och finansiering av terrorism förbjuds.
2. Följande handlingar skall vid tillämpningen av detta direktiv anses som penningtvätt när de begås uppsåtligen:
 - a) Omvandling eller överföring av egendom i vetskap om att egendomen härrör från brottsliga handlingar eller från medverkan till brottsliga handlingar och i syfte att hemlighålla eller dölja egendomens olagliga ursprung, eller för att hjälpa någon som är delaktig i sådan verksamhet att undandra sig de rättsliga följderna av sitt handlande.
 - b) Hemlighållande eller döljande av en viss egendoms rätta beskaffenhet eller ursprung, av dess belägenhet, av förfogandet över den, av dess förflyttning, av de rättigheter som är knutna till den, eller av äganderätten till den, i vetskap om att egendomen härrör från brottsliga handlingar eller från medverkan till brottsliga handlingar.
 - c) Förvärv, innehav eller brukande av egendom i vetskap om, vid tiden för mottagandet, att egendomen härrörde från brottsliga handlingar eller från medverkan till brottsliga handlingar.
 - d) Deltagande, sammanslutning för att utföra försök att utföra och medhjälp, underlättande och rådgivning vid utförandet av någon av de handlingar som nämnts i de tidigare leden.
3. Penningtvätt skall anses som sådan även om de handlingar som frambringat den egendom som skall tvättas begåtts inom en annan medlemsstats territorium eller i tredje land.
4. I detta direktiv avses med finansiering av terrorism tillhandahållande eller insamling av medel, oavsett tillvägagångssätt, direkt eller indirekt, i uppsåt att dessa skall användas eller med vetskap om att dessa helt eller delvis kommer att användas för att genomföra något av de brott som anges i artiklarna 1–4 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism.
5. Vetskap, uppsåt och syfte som utgör rekvisit för de handlingar som avses i punkt 2 och punkt 4 får härledas ur objektiva, faktiska omständigheter.

Vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv var det direktiv som nu har ersatts av det tredje penningtvättsdirektivet aktuellt, nämligen rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt (andra penningtvättsdirektivet). Definitionen av penningtvätt är densamma i det andra och tredje penningtvättsdirektivet. Nytt i förhållande till det andra penningtvättsdirektivet

är att det i det tredje finns en bestämmelse om finansiering av terrorism.

När 2004 års upphandlingsdirektiv genomfördes redovisade regeringen (prop. 2006/07:128 s. 235) hur definitionen av penningtvätt i den lag som genomförde det andra penningtvättsdirektivet, den numera upphävda lagen (1993:768) om åtgärder mot penningtvätt, hade utvecklats. Det tredje penningtvättsdirektivet genomfördes senare genom den nu gällande lagen på området, lagen (2009:62) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism (prop. 2008/09:70, bet. 2008/09:JuU13, rskr. 2008/09:163). Definitionen av penningtvätt är densamma i de båda lagarna. Nytt i förhållande till den gamla lagen är att finansiering av terrorism definieras i den nya. Värt att notera är att lagen om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism är en förvaltningsrättslig reglering som saknar bestämmelser om kriminalisering av sådana gärningar som avses i artikel 1 i det tredje penningtvättsdirektivet.

I fråga om vilka brott i svensk rätt som motsvarar definitionen av penningtvätt enligt det tredje penningtvättsdirektivet, gäller att den typiskt sett motsvaras av penninghäleri och penninghäleriförseelse enligt 9 kap. 6 a och 7 a §§ BrB. Lagstiftningstekniken är dock sådan att det inte är uteslutet att penningtvätt enligt definitionen i penningtvättsdirektivet i vissa fall kan uppfylla rekvisiten för både häleri, 9 kap. 6 § BrB, och penninghäleri. I sådan fall bör gärningsmannen dömas för häleri. (Se prop. 1998/99:19 s. 25 och 37.)

Den straffrättsliga ordning som tillämpas i svensk rätt innebär vidare att den brottsliga handling som den "tvättade" egendomen härrör från inte alltid leder till straff för häleri, penninghäleri m.m. enligt 9 kap. 6–7 a §§ BrB. Detta följer av nämnda straffbestämmelsers konstruktion och innebär att den som har begått det s.k. förbrottet inte också separat döms för de penningtvättåtgärder han eller hon vidtagit för att dölja förbrottet. Sådana penningtvättåtgärder omfattas i stället av straffet för förbrottet. Detta innebär att en dom med annan brottsrubricering än de som följer av 9 kap. 6–7 a §§ BrB kan omfattas av det tredje penningtvättsdirektivets definition av penningtvätt, t.ex. domar för stöld, bedrägeri, narkotikabrott, skattebrott och tullbrott. (Jfr prop. 2006/07:128 s. 236.)

När utslutning på grund av penningtvätt aktualiseras handlar det således ytterst om att den upphandlande myndigheten får ta ställning till om brottet omfattas av det tredje penningtvätts-

direktivets definition av penningtvätt. Det kan därvid noteras att den definition som finns i lagen om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism är en i hög grad komprimerad version av motsvarigheten i det tredje penningtvättsdirektivet och som dessutom synes vara vidare än penningtvättsdirektivets (jfr prop. 1992/93:207 s. 12 och 27, prop. 2008/09:70 s. 183, SOU 2012:12 s. 148–149 och 1 kap. 5 § 6 b lagen om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism).

När det gäller kravet på kriminalisering av finansiering av terrorism enligt artikel 1 i det tredje penningtvättsdirektivet, bedömde regeringen (prop. 2008/09:70 s. 56) att det uppfylldes genom lagen (2002:444) om straff för finansiering av särskilt allvarlig brottslighet i vissa fall. Kriminaliseringen enligt den lagen är dock vidare än det som erfordras enligt det tredje penningtvättsdirektivet. Regeringen (prop. 2008/09:70 s. 56) uttalade därvid att de brott som nämnda direktiv (artikel 1.4) hänvisade till hade genomförts genom definitionen av terroristbrott enligt lagen (2003:148) om straff för terroristbrott. Det sagda innebär således att förutsättningar för uteslutning finns när en leverantör har dömts för brott enligt lagen om straff för finansiering av särskilt allvarlig brottslighet i vissa fall och den brottsliga gärningen samtidigt motsvarar det som avses med terroristbrott enligt 2 och 3 §§ lagen om straff för terroristbrott.

Det straffrättsliga regelverket som rör penningtvätt har reformerats och den 1 juli 2014 träder lagen (2014:307) om straff för penningtvättsbrott i kraft (prop. 2013/14:121, bet. 2013/14:JuU25, rskr. 2013/14:253). I vilken utsträckning reformen påverkar den ovan gjorda analysen får bedömas i det fortsatta arbetet med att ta fram de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Människohandel

I artikel 57.1 första stycket f i LOU-direktivet hänvisas till artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rådets rambeslut 2002/629/RIF (människohandelsdirektivet). I artikel 2 i människohandelsdirektivet anges följande under rubriken Människohandelsbrott.

1. Medlemsstaterna ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att följande uppsåtliga gärningar är straffbelagda:

Rekrytering, transport, överföring, hysande eller mottagande av personer, inbegripet utbyte eller överföring av kontroll över dessa personer, genom hot om eller användning av våld eller andra former av tvång, bortförande, bedrägeri, vilseledande, maktmissbruk eller missbruk av en persons utsatta situation eller givande eller mottagande av betalning eller förmåner för att erhålla samtycke från en person som har kontroll över en annan person i syfte att utnyttja denna person.

2. Med en utsatt situation avses en situation där den berörda personen inte har något verkligt eller godtagbart alternativ till att underkasta sig utnyttjandet.

3. Utnyttjande ska omfatta åtminstone utnyttjande av andras prostitution eller andra former av sexuell exploatering, tvångsarbete eller tvångstjänster, inklusive tiggeri, slaveri eller slaveriliknande förhållanden, trälldom, utnyttjande av brottslig verksamhet eller avlägsnande av organ.

4. Samtycke från den som är offer för människohandel till utnyttjandet, oavsett om det är avsett eller faktiskt, ska sakna betydelse, om något av de medel som anges i punkt 1 har använts.

5. När en handling som avses i punkt 1 involverar ett barn ska det vara ett straffbelagt människohandelsbrott, även om inget av de medel som anges i punkt 1 har använts.

6. I detta direktiv avses med barn varje person som är under 18 år.”

Vid beredningen av frågan om vilka genomförandeåtgärder människohandelsdirektivet borde föranleda fann man inom Regeringskansliet att det inte fanns anledning att vidta några särskilda lagstiftningsåtgärder. Detta framgår av den promemoria av den 15 mars 2011 som upprättades inom Regeringskansliet i samband med direktivets antagande. Det bedömdes därvid bl.a. att samtliga de brottsliga gärningar som beskrevs i ovanstående artikel täcktes av straffbestämmelsen människohandel enligt 4 kap. 1 a § BrB i dess lydelse enligt SFS 2010:371.

Som framgår av förarbetena till ovan nämnda bestämmelse, 4 kap. 1 a § BrB, hänvisade regeringen (prop. 2009/10:152 s. 14) till de internationella överenskommelser som regeringen då hade åtagit sig att följa. Mot denna bakgrund konstaterade regeringen att brottet människohandel i grunden bestod av tre olika moment, nämligen när någon med användande av *otillbörligt medel* vidtar någon *handelsåtgärd* med offret i syfte att han eller hon ska *utnyttjas för visst ändamål*.

När det gällde det tredje momentet – utnyttjas för visst ändamål – utvecklade regeringen sin syn på detta moment under rubriken Syfte att exploatera offret (prop. 2009/10:152 s. 19–21). I den ovan nämnda promemorian framhölls beträffande detta moment att den svenska straffbestämmelsen människohandel hade fått en vid utformning, då den åsyftade exploateringen enligt 4 kap. 1 a § BrB uttrycktes med bl.a. ”annan verksamhet i en situation som innebär nödläge för den utsatte”. I författningskommentaren till paragrafen anförde regeringen följande beträffande formuleringen (prop. 2009/10:152 s. 60–61).

Med verksamhet avses någon form av åtgärd som offret ska utföra eller underkasta sig. Med nödläge avses situationer där offret är förhindrat att fritt bestämma över sina göranden och låtanden. Gemensamt för dessa situationer som innebär nödläge är att offret befinner sig i en verkligt svår situation som inte är helt tillfällig eller övergående. Ett exempel på en verksamhet i en situation som innebär nödläge för den utsatte är när en person – utan att det är fråga om tvångsarbete – förmås arbeta under synnerligen svåra för-hållanden till en mycket låg lön. Andra exempel är när en person förmås att tigga eller stjäla. Ytterligare ett exempel är när en person förmås att avlägsna annat biologiskt material än organ, t.ex. vävnad såsom hud och brosk.

En jämförelse mellan den svenska straffbestämmelsen i denna del och artikel 2.3 i människohandelsdirektivet ger vid handen att den svenska bestämmelsen är något vidare på denna punkt. Det kan alltså inte helt uteslutas att brottet människohandel, då det rör sig om ”annan verksamhet i en situation som innebär nödläge för den utsatte”, i något fall inte ska utgöra grund för uteslutning.

När det gäller anstiftan, medhjälp och försök, kan det noteras att artikel 57.1 första stycket f i LOU-direktivet inte hänvisar till de särskilda bestämmelserna på området, artikel 3 i människohandelsdirektivet. Det får enligt utredningen antas innebära att anstiftan av, medhjälp till eller försök till människohandel inte är grund för uteslutning.

I likhet med det utredningen konstaterat ovan beträffande artikel 57.1 första stycket b i LOU-direktivet, bör den omständigheten, att den aktuella svenska straffbestämmelsen kan identifieras, inte leda till att aktuella svenska straffbestämmelser också ska räknas upp i paragrafen om uteslutning på grund av brott i den nya lagen om offentlig upphandling. Hänvisningen gäller ju även andra medlemsstaters nationella straffbestämmelser om människohandel. Situationen blir därför snarlik den som har motiverat metoden att i

den nya lagens bestämmelser enbart hänvisa till aktuella EU-rättsakter och i förarbetena beskriva betydelsen av hänvisningarna. Om man väljer att enbart på denna punkt och avseende artikel 57.1 första stycket b i LOU-direktivet avvika från den tillämpade metoden och uttryckligen referera till aktuella paragrafer brottsbalken, så finns det dessutom en risk att detta går ut över den tydlighet och tillgänglighet som nyss beskrivna metod trots att allt bidrar till. Utredningen bedömer mot denna bakgrund att 4 kap. 1 a § BrB inte uttryckligen bör åberopas i den aktuella paragrafen i den nya lagen om offentlig upphandling.

Otydligheter av ovan beskrivet slag kan också antas följa av ett ordagrant genomförande i fråga om hänvisningen till barnarbete. Vad som särskilt gäller för exploatering av barn följer redan av artikel 2.5 i människohandelsdirektivet. Detta gäller sålunda redan genom hänvisningen till artikel 2 i människohandelsdirektivet och behöver inte särskilt omnämnas. Enligt utredningen behöver barnarbete därför inte särskilt anges i den aktuella paragrafen i den nya lagen om offentlig upphandling.

Skatter och socialförsäkringsavgifter

I artikel 57.2 i LOU-direktivet finns bestämmelser om uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter. Grunden som sådan – obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter – är ingen nyhet i förhållande till 2004 års upphandlingsdirektiv (artikel 45.2 första stycket e och f i 2004 års LOU-direktiv). Regleringen i LOU-direktivet skiljer sig dock från dess tidigare motsvarighet i 2004 års direktiv på så sätt att uteslutning kan bli aktuell i två olika situationer. Den första grunden (artikel 57.2 första stycket i LOU-direktivet) innebär att betalningsskyldigheten ska ha fastställts genom ett domstolsavgörande eller genom ett administrativt beslut med slutlig och bindande verkan. Den andra grunden (artikel 57.2 andra stycket i LOU-direktivet) saknar koppling till hur frågan om hur nämnda skyldighet har bestämts.

De ovan beskrivna två grunderna skiljer sig också åt på en avgörande punkt när det gäller genomförandet av direktivet. Enligt bestämmelserna i artikel 57.2 första stycket i LOU-direktivet ska en leverantör uteslutas om förutsättningarna för uteslutning är för handen. Enligt andra stycket i samma artikel får en leverantör uteslutas om skäl för uteslutning finns. Medlemsstaterna har dock

en möjlighet att välja att genomföra andra stycket som en obligatorisk uteslutningsregel.

Till det sagda beträffande skillnaderna mellan första och andra styckena i artikel 57.2 i LOU-direktivet, ska även läggas att formuleringen som avslutar första stycket – ”i enlighet med rättsliga bestämmelser i det land där aktören är etablerad eller i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns” – inte återfinns i andra stycket.

När det gäller de ovan beskrivna skillnaderna mellan första och andra styckena i artikel 57.2 i LOU-direktivet konstaterar utredningen att regleringen inte hindrar att artikeln genomförs delvis med en ska-regel och delvis med en får-regel. Det framstår dock enligt utredningen som eftersträvansvärt, inte minst av tydlighets-skäl, med en enhetlig lösning. Som artikeln är formulerad finns det inga valmöjligheter i fråga om första stycket. Som framgår ska den genomföras som en ska-regel. Frågan blir då närmast om första och andra styckena kan genomföras gemensamt som en ska-regel.

Vad den valda tekniken i artikel 57.2 i LOU-direktivet syftar till är oklart. Möjligen har ett sådant drastiskt ingripande som obligatorisk uteslutning ansetts behöva omgärdas med bl.a. krav på att uteslutningsgrunden har manifesterats i ett avgörande som står fast. Även om det inte uttrycks på det sättet i artikel 57.2 i LOU-direktivet, synes artikel 57.1 i LOU-direktivet ha tjänat som förebild med sitt krav på lagakraftvunnen dom.

Betydelsen av valet mellan ska (obligatorisk) och får (fakultativ), bör inte heller överdrivas. De verkliga rättssäkerhetsgarantierna uppnås nämligen enligt utredningens mening framförallt genom att en leverantör bereds tillfälle att motbevisa de omständigheter som läggs honom eller henne till last och genom att varje beslut om uteslutning är ett resultat av en proportionalitetsavvägning. Dessa garantier gäller oavsett om det rör sig om en obligatorisk eller fakultativ regel.

Sammanfattningsvis anser utredningen att i det i och för sig kan anföras skäl för att artikel 57.2 första och andra styckena i LOU-direktivet ska genomföras genom en och samma regel om obligatorisk uteslutning. Metoden att genomföra artiklarna så direktivnära som möjligt talar dock för att bestämmelserna i nämnda punkter genomförs med två olika regler, en ska-regel och en får-regel. Utredningen bedömer sammantaget att skillnaden mellan punkternas bestämmelser trots allt bör återspeglas i den svenska regleringen. Av detta följer att artikel 57.2 första och andra

styckena i LOU-direktivet bör genomföras genom en ska-regel och en får-regel.

Allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs

De ovan behandlade reglerna om uteslutning på grund av brott och obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter kompletteras med bestämmelser i artikel 57.4 i LOU-direktivet. Bestämmelserna i fjärde punkten reglerar uteslutning på grund av brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs. I artikeln beskrivs nio olika situationer på detta tema. Tre av dem, leden b, c och h, regleras i allt väsentligt redan i dag i 2004 års upphandlingsdirektiv, nämligen i artikel 45.2 första stycket a och b i 2004 års LOU-direktiv som motsvarar artikel 57.4 första stycket b i LOU-direktivet, i artikel 45.2 första stycket c i 2004 års LOU-direktiv som motsvarar artikel 57.4 första stycket c i LOU-direktivet och i artikel 45.2 första stycket g i 2004 års LOU-direktiv som motsvarar artikel 57.4 första stycket h i LOU-direktivet. Leden a, d, e, f, g och i i artikel 57.4 första stycket i LOU-direktivet saknar direkta motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv.

Uteslutningsgrunderna i artikel 57.4 första stycket i LOU-direktivet är fakultativa. Som framgår av artikeln kan dock medlemsstaterna genomföra även denna reglering som obligatoriska grunder för uteslutning. Även om betydelsen av regleringens karaktär som fakultativ eller obligatorisk inte bör överdrivas, så ger en fakultativ reglering trots allt ett handlingsutrymme för en upphandlande myndighet som den annars inte ges om regleringen är obligatorisk.

Det avgörande för frågan om en upphandlande myndighet bör ges det handlingsutrymme som följer av en fakultativ reglering, är uteslutningsgrundernas karaktär. Att grundernas karaktär skiljer sig åt visar sig om punkterna jämförs med varandra. En jämförelse mellan grunderna i artikel 57.4 och i artikel 57.1 och 57.2 i LOU-direktivet, visar enligt utredningen att det finns framförallt två grundläggande skillnader. För det första kan punkterna 1 och 2 sägas förutsätta att det finns någon typ av avgörande av domstol eller förvaltningsmyndighet beträffande de förhållanden som utgör grunden för uteslutningen. Visserligen innehåller grunderna enligt punkt 4 i några av leden sådana moment, men kan sammantaget inte anses bygga på den nyss nämnda förutsättningen. För det

andra framstår de situationer som behandlas i dels punkt 1, dels punkt 2 som likartade. Situationerna som punkt 4 tar sikte på kan dock inte beskrivas som ensartade. Det rör sig i stället om en i hög grad heterogen grupp av uteslutningsgrunder.

Mot denna bakgrund menar utredningen att uteslutningsgrunderna i artikel 57.4 i LOU-direktivet inte låter sig beskrivas på samma sätt som grunderna i artikel 57.1 och 57.2 i samma direktiv. De senare kan beskrivas som grunder som typiskt sett ska resultera i uteslutning. Ett genomgående och dominerande tema när fråga är om uteslutning enligt grunderna i punkterna 1 och 2 torde vara hur lång tid som förflutit sedan förseelsen. Såvitt avser grunderna i punkt 4 går det enligt utredningen inte att urskilja något sådant genomgående och dominerande tema vid en prövning av dessa. Det torde i stället röra sig om en mängd olika omständigheter som kan påverka bedömningen. Utmärkande för grunderna i punkt 4 är därför i stället att det vid tillämpningen av dem följer ett större krav på den proportionalitetsbedömning som en upphandlande myndighet måste göra. Att bedömningen måste göras med omsorg följer av att ett beslut om uteslutning i själva verket är ett ingrepp i bl.a. den fria rörligheten för varor och friheten att tillhandahålla tjänster.

Med hänsyn till det anförda ter sig det handlingsutrymme som följer av en fakultativ reglering som lämpligt för grunderna enligt punkt 4. Även om regelverket är fakultativt, så åligger det den upphandlande myndigheten att bedöma den faktiska betydelsen i den enskilda upphandlingen av eventuella brister i fråga om en leverantörs yrkeskvalifikationer och därefter ta ställning till om uteslutning bör ske. Utredningen bedömer alltså sammanfattningsvis att uteslutningsgrunderna i artikel 57.4 i LOU-direktivet bör genomföras genom fakultativa bestämmelser.

Såvitt gäller uppräkningsdelen i de nio olika leden i artikel 57.4 första stycket i LOU-direktivet, används skiftande tekniker för att beskriva det som tycks uttrycka vad som krävs för att skälen för uteslutning ska anses vara tillräckliga.

Leden b och g-i i artikel 57.4 första stycket i LOU-direktivet inleds med "Om en ekonomisk aktör". Dessa led innehåller sålunda inte heller någon inledande formulering av det slag som finns i artikel 57.1 och 57.2 i LOU-direktivet. I punkterna 1 och 2 anges att den upphandlande myndigheten får/har kännedom om de i punkterna uppräknade situationerna.

I leden a, c, och d i artikel 57.4 första stycket i LOU-direktivet används skiftande begrepp för det som synes uttrycka vilken grad

av osäkerhet som kan accepteras för att grund för uteslutning ska anses föreligga. I leden används följande formuleringar: ”på något lämpligt sätt kan påvisa” (led a), ”på lämpligt sätt kan visa” (led c) och ”har tillräckligt sannolika indikationer för att dra slutsatsen” (led d). Dessa tre led är till skillnad från övriga sex led konstruerade som handlingsregler direkt riktade till den upphandlande myndigheten. Leden inleds med ”Om den upphandlande myndigheten”.

Av leden e och f i artikel 57.4 första stycket i LOU-direktivet framgår att uteslutning kan tillgripas som en sista åtgärd för att avhjälpa brister i två närmare beskrivna situationer. Om ej önskvärda effekter av en intressekonflikt enligt artikel 24 i LOU-direktivet eller av en snedvridning av konkurrensen genom en leverantörs tidigare deltagande i förberedelserna av upphandling enligt artikel 41 i LOU-direktivet inte kan avhjälpas, får den upphandlande myndigheten besluta om uteslutning.

Vad skillnaderna leden emellan syftar till är oklart. Utredningen ställer sig tveksam till att variationerna skulle vara ett uttryck för att kravet på vad som är tillräckliga skäl för uteslutning växlar beroende på vilket av leden som tillämpas. Skillnaderna är troligen enligt utredningen i stället att hänföra till hur situationerna beskrivs i de olika leden och till situationernas olika karaktär. Det skillnaderna uttrycker är snarare en omsorg om att ett så ingripande beslut som uteslutning inte ska tillåtas fattas på oprecisa eller vaga indikationer. För att försäkra sig om detta har det sannolikt bedömts nödvändigt att genom särskilda formuleringar betona vikten av att vaga eller oprecisa indikationer inte är tillräckliga skäl för uteslutning. Enligt utredningens mening innebär dock redan en tillämpning av proportionalitetsprincipen att sådana indikationer inte är tillräckliga för uteslutning. Den växlande begreppsbildningen saknar alltså enligt utredningens mening betydelse. En konsekvens av ett sådant synsätt är att den beskrivna begreppsbildningen skulle kunna ensas i de uteslutningsgrunder som föreslås i den nya lagen om offentlig upphandling. Det får emellertid anses ligga i linje med den av utredningen valda arbetsmetoden att inte utföra ett sådant försök till förenhetligande.

Som angetts ovan regleras tre av de situationer som räknas upp i artikel 57.4 första stycket i allt väsentligt redan i dag i 2004 års upphandlingsdirektiv. Det finns således inte någon anledning för utredningen att kommentera dessa särskilt. Leden a, d, e, f, g och i

saknar dock direkta motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv. Dessa ska därför kommenteras i det följande.

Bestämmelserna i led a medger genom hänvisningen till artikel 18.2 i LOU-direktivet att en leverantörs bristande efterlevnad av miljö-, social- eller arbetsrättsliga krav kan leda till uteslutning. För en närmare beskrivning av vad som avses med dessa krav se avsnitt 3.2.

Led d tar sikte på situationer där en leverantör har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvräta konkurrensen. Att överenskommelsen också faktiskt har fått det åsyftade resultatet är dock enligt utredningens mening inte nödvändigt. Detta följer av att bestämmelsen enbart tar upp syftet med överenskommelsen och inte något om effekten.

När det gäller tillämpningen av bestämmelserna i led d, har Konkurrensverket i en skrivelse den 10 december 2013 till utredningen redogjort för sin uppfattning om hur det konkurrensrättsliga regelverket om eftergift av konkurrenskadeavgift förhåller sig till grunden för uteslutning i nämnda led. Verket anger därvid att det bör införas en uttrycklig regel i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna som skyddar ett företag som har beviljats eftergift av konkurrenskadeavgift från att på grund av den anmälda överträdelsen uteslutas från att delta i en upphandling. Om detta bedöms inte vara möjligt, bör det enligt Konkurrensverket i vart fall i förarbetena till de nya lagarna förklaras att eftergift av nämnt slag bör medföra att företaget i fråga inte utesluts på grund av överträdelsen.

Med utgångspunkt från bestämmelsens ordalydelse i led d, anser utredningen att LOU-direktivet inte ger stöd för att begränsa dess tillämpningsområde genom en uttrycklig begränsningsregel som rör leverantörer som har beviljats sådan eftergift som avses i stycket närmast ovan. Huruvida en sådan eftergift bör beaktas inom ramen för den proportionalitetsavvägning som ska göras inför varje beslut om uteslutning behandlas nedan i avsnittet Möjligheter att åberopa motbevisning, när uteslutningsbeslut kan fattas och motivering av uteslutningsbeslut.

I leden e och f finns bestämmelser som inriktar sig på två olika situationer under ett upphandlingsförfarande. Gemensamt för dessa situationer är att de reser frågor om principen om icke-diskriminering har iakttagits under förfarandet. Regleringen i leden medger att uteslutning kan tillgripas som en sista åtgärd, om en tillämpning av bestämmelserna om intressekonflikter enligt artikel 24 i LOU-

direktivet eller om anbudssökandes och anbudsgivare tidigare deltagande enligt artikel 41 i LOU-direktivet inte får avsedda effekter. Det framgår sålunda av leden e och f att en upphandlande myndighet får besluta om uteslutning av en leverantör, om det inte genom någon annan åtgärd går att hindra att upphandlingen påverkas av sådana otillbörliga hänsyn som avses i artiklarna 24 och 41 i LOU-direktivet.

I led e anges att bristerna ”inte kan avhjälpas effektivt genom andra, mindre ingripande åtgärder” medan det i led f föreskrivs att bristerna ”inte kan avhjälpas genom andra, mindre ingripande åtgärder”. Det finns dock enligt utredningens mening ingen anledning att fästa något avseende vid skillnaden leden emellan ifråga om tillägget ”effektivt” i det förra ledet. Att en så pass ingripande åtgärd som uteslutning inte kan tillgripas som en förstahandsåtgärd följer redan av en tillämpning av proportionalitetsprincipen. Med en sådan utgångspunkt blir betydelsen av tillägget ”effektivt” i enbart ett av leden oklar. Enligt utredningens mening bör tillägget ”effektivt” kunna lämnas åt sidan i de svenska bestämmelser som genomför de båda leden. En tillämpning av proportionalitetsprincipen leder enligt utredningen inte till något annat resultat. Utredningen har inte heller funnit något stöd för att EU-lagstiftaren med tillägget ”effektivt” har velat uppnå någon skillnad i tillämpningen leden emellan.

Regleringen i led g rör brister i hur en leverantör har fullgjort ”ett tidigare offentligt kontrakt, ett tidigare kontrakt med en upphandlande enhet eller ett tidigare koncessionskontrakt”. En nödvändig förutsättning för uteslutning är enligt bestämmelsen att bristerna i fullgörandet har lett till uppsägning, skadestånd eller jämförbar påföljd.

I led i finns bestämmelser om uteslutning av en leverantör som otillbörligt har försökt att påverka utgången av en upphandling. Huruvida ledet tar sikte på otillbörlig påverkan i den aktuella upphandlingen eller också i tidigare gjorda upphandlingar är enligt utredningen öppet för tolkning. Det ligger dock närmast till hands med hänsyn till ordvalen att det ska röra sig om påverkan i den aktuella upphandlingen. Av ledet följer nämligen att det är påverkan på ”den upphandlande myndighetens beslutsprocess” som avses och att det handlar om ”otillbörliga fördelar i upphandlingsförfarandet”. I begreppet ”har försökt” ligger vidare ett moment av avsikt. Leverantören ska således enligt utredningens tolkning ha haft en avsikt att otillbörligt påverka eller i övrigt skaffa sig

otillbörliga fördelar. Som framgår av hur ledet avslutas kan även ett oaktsamt vilseledande resultera i uteslutning.

Personer med anknytning till leverantören

Regelverket beträffande uteslutning av leverantörer har i LOU-direktivet kompletterats med en uttrycklig bestämmelse om vilken anknytning en fysisk person ska ha till en leverantör som är en juridisk person för att missförhållanden hänförliga till den fysiska personen ska kunna beaktas. Detta är en skillnad mot de vaga anvisningar i frågan som finns i 2004 års direktiv (artikel 45.1 fjärde stycket i 2004 års LOU-direktiv). Den aktuella bestämmelsen i 2014 års direktiv, artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet, gäller dock enbart när det handlar om uteslutning på grund av brott.

Som framgått genomfördes artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv genom bl.a. uttryckliga bestämmelser i nuvarande LOU och LUF. Enligt dessa kan ett agerande av en person som företräder en leverantör medföra att leverantören utesluts (nuvarande 10 kap. 1 § andra stycket och 2 § andra stycket LOU/LUF). Reglerna om företrädare gäller vid uteslutning på grund av dels brott enligt nuvarande 10 kap. 1 § första stycket och 2 § första stycket 3 LOU/LUF, dels allvarligt fel i yrkesutövningen enligt nuvarande 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU/LUF.

Med hänsyn till att artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv har genomförts i svensk rätt genom uttryckliga bestämmelser om företrädare, aktualiseras framförallt två frågeställningar vid genomförandet av artikel 57 i LOU-direktivet. Den första frågeställningen avser hur företrädarbegreppet i nämnda lagrum i nuvarande LOU och LUF förhåller sig till det som följer av artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet. Den andra frågeställningen gäller i vilken utsträckning uttryckliga regler i ämnet kan föreskrivas i svensk rätt beträffande uteslutning på grunder som inte omfattas av artikel 57.1 i LOU-direktivet.

När det gäller den första frågeställningen konstaterar utredningen att artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet inte tycks ha fått sin utformning på grundval av en ambition att förändra regelverket. Likväl får formuleringen i fråga enligt utredningens bedömning anses ge uttryck för ett något snävare synsätt än det som tycks ligga till grund för domstolarnas argumentation i RÅ 2010 ref. 79. I rättsfallet refererades till förarbetena till nuvarande LOU och

att ledning beträffande företrädarbegreppet därvid kunde sökas i rättspraxis avseende företrädare enligt skattebetalningslagen och lagen om näringsförbud.

Begreppet företrädare enligt skattebetalningslagen (numera 59 kap. 12–15 §§ skatteförfarandelagen [2011:1244]) är tänkt att omfatta de personer som har den faktiska maktpositionen och möjligheten att påverka förvaltningen i den juridiska personen (se prop. 2002/03:128 s. 24). I lagen om näringsförbud talas däremot inte uttryckligen om företrädare. I 4 § första stycket lagen om näringsförbud (1986:436) räknas i stället upp de personer i olika associationsformer som kan åläggas näringsförbud. I paragrafens andra stycke finns dock en bestämmelse som utvidgar personkretsen enligt första stycket. Enligt andra stycket gäller första stycket också för den som i annan egenskap än de i första stycket uppräknade, faktiskt har utövat ledningen av en näringsverksamhet eller utåt har framträtt som ansvarig för en enskild näringsverksamhet. (Jfr SOU 2012:84 s. 83–88.)

Även om det går att diskutera om personkretsbestämningarna i skatteförfarandelagen och i lagen om näringsförbud är identiska, så kan det konstateras att det åtminstone finns ett gemensamt drag som här är av intresse. Enligt utredningens uppfattning är det enligt båda regelverken ingen nödvändig förutsättning att personen i fråga har en formell anknytning till den juridiska personen. Ytterst handlar det i stället om att personkretsbestämningen ska omfatta de som med hänsyn till de faktiska omständigheterna är att anse som företrädare.

I artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet fokuseras inte på samma sätt som i skatteförfarandelagen och lagen om näringsförbud på de faktiska omständigheterna. Enligt utredningens mening är det i stället indikationer av mer formell karaktär som sätts i förgrunden i artikeln. Personen ska enligt artikeln såvitt utredningen kan bedöma antingen ingå i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan eller om han eller hon inte ingår i dessa organ ha motsvarande behörighet.

Det ovan anförda ger sammanfattningsvis vid handen att personkretsbestämningen i skatteförfarandelagen och lagen om näringsförbud är något vidare än den som följer av artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet. Om en leverantör är ett aktiebolag, så torde en person som ingår i styrelsen, är firmatecknare eller är vd ingå i personkretsen enligt artikeln. Även om en person som ingår i personkretsen har begått något av de brott som räknas upp

artikel 57.1 i LOU-direktivet, så innebär det dock inte nödvändigtvis att leverantören ska uteslutas. Åtgärden att utesluta en leverantör måste ju också vara proportionerlig.

Såvitt gäller den andra frågeställningen finns det enligt utredningen inget stöd för att låta personkretsbestämningen enligt artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet gälla även andra grunder för uteslutning än de som räknas upp i artikel 57.1 i LOU-direktivet. Att en person har en sådan anknytning till en leverantör som avses i artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet är dock en indikation på att oegentligheter som ska tillskrivas den personen också bör beaktas vid en uteslutningsbedömning enligt de övriga två grupperna av uteslutningsskäl. Det kan också tänkas att en person med hänsyn till de faktiska omständigheterna bör anses som faktisk företrädare och därmed tillhöra den personkrets som kan påverka bedömningen av om uteslutning ska beslutas eller ej. Ytterst handlar det dock om att åtgärden alltid måste stå i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser utredningen att det bör införas en regel i den nya lagen om offentlig upphandling som motsvarar artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet och som bör gälla enbart för de uteslutningsgrunder som motsvarar de i artikel 57.1 första stycket i LOU-direktivet uppräknade. För övriga uteslutningsgrunder får en eventuell personkretsbedömning i stället göras med tillämpning av proportionalitetsprincipen.

När det gäller lagen om näringsförbud bör noteras att regeringen har föreslagit att den nuvarande lagen, 1986 års lag, ska upphävas och ersättas med en ny som ska träda i kraft den 2 augusti 2014 (se prop. 2013/14:215 och bet. 2013/14:CU35). I vilken utsträckning reformen påverkar den ovan gjorda analysen beträffande personkretsbestämningen får bedömas i det fortsatta arbetet med att ta fram de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Uteslutningsgrundernas betydelse i tiden

Att en leverantör eller en person med anknytning till leverantören någon gång har uppfyllt förutsättningarna för uteslutning innebär inte att leverantören för all framtid ska vara exkluderad från att delta i offentliga upphandlingar. Åtgärdens ingripande karaktär innebär i stället att stora krav ställs på att den är proportionerlig.

Därvid erfordras att de missförhållanden som åberopas som grund för en uteslutning inte är helt inaktuella. Om en förseelse ligger alltför långt tillbaka i tiden, är den sålunda inte längre uteslutningsgrundande.

Varken i 2004 års eller 2014 års LOU-direktiv har den ovan berörda tidsaspekten lett till några uttryckligt bestämda tidsgränser i direktiven. Tidsaspekten får i stället beaktas inom ramen för proportionalitetsbedömningen (jfr RÅ 2010 ref. 79).

När det gäller uteslutningsgrundernas betydelse i tiden finns det också anledning att kommentera bestämmelserna i artikel 57.6 fjärde stycket och 57.7 i LOU-direktivet. Nämnda reglering tar sikte på de medlemsstater som har ett system som innebär att ett beslut om uteslutning inte bara gäller för den aktuella upphandlingen utan även för kommande upphandlingar. Genom regleringen uppställs bl.a. ett krav på att verkningarna av ett sådant uteslutningsbeslut måste begränsas i tiden. Bestämmelserna i LOU-direktivet innebär dock såvitt utredningen kan bedöma inte något krav på medlemsstaterna att införa ett dylikt system. Då Sverige inte tillämpar ett sådant system kan regleringen i den delen lämnas åt sidan. En annan sak är dock att viss ledning beträffande tidsaspekten troligen kan fås av de bestämda tidsgränserna i artikel 57.7 i LOU-direktivet. I artikeln begränsas den tidsperiod under vilken ett tidigare beslut om uteslutning hindrar en leverantör att delta i efterkommande upphandlingar. Av artikeln framgår att perioden inte får vara längre än fem år räknat från den dag då domen meddelades när det gäller uteslutning på grund av brott enligt artikel 57.1 i LOU-direktivet och tre år räknat från dagen för relevant händelse när det gäller uteslutning på grund av allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs enligt artikel 57.4 i LOU-direktivet.

Möjligheter att åberopa motbevisning, när uteslutningsbeslut kan fattas och motivering av uteslutningsbeslut

Vilka åtgärder en leverantör som har påstått befinna sig i någon av de uteslutningsgrundande situationer som räknas upp i artikel 57.1–2 och 57.4 i LOU-direktivet kan vidta för att ett beslut om uteslutning inte ska fattas, beror på vilken av grunderna som är aktuell. Vilka åtgärderna är framgår av artikel 57.2 tredje stycket, 57.4 andra

stycket och 57.6 i LOU-direktivet. När en fråga om uteslutning kan väckas framgår av artikel 57.5 i LOU-direktivet.

Samtliga nyss nämnda bestämmelser bygger, som utredningen tolkar det, på ett antal grundläggande förutsättningar. *För det första* ska leverantören i fråga underrättas om att det uppkommit en fråga om uteslutning och beredas möjlighet att innan beslut i frågan fattas förklara varför det inte finns skäl för uteslutning. *För det andra* ska ett eventuellt beslut om uteslutning motiveras. *För det tredje* kan en upphandlande myndighet väcka en fråga om uteslutning när som helst under ett upphandlingsförfarande.

De i stycket ovan berörda grundläggande förutsättningarna bör enligt utredningen komma till tydligt uttryck i den reglering som genomför artiklarna. Ett sådant förtydligande ligger inom det handlingsutrymme som medlemsstaterna har enligt artikel 57.7 i LOU-direktivet vid genomförandet av artikeln.

Det bör i detta sammanhang klargöras att de medel som anvisas i artiklarna 59–61 i LOU-direktivet kan indikera såväl förekomst som frånvaro av uteslutningsgrunder. Detta gäller för samtliga tre grupper av uteslutningsgrunder. Betydelsen av nämnda artiklar begränsar sig således inte enbart till hur artikel 57.1 i LOU-direktivet bör tillämpas. Hänvisningen i artikeln till artiklarna 59–61 i samma direktiv kan sålunda felaktigt ge intryck av att de sistnämnda artiklarna enbart har betydelse för tillämpningen av artikel 57.1 i direktivet. Vilken betydelse artiklarna 59–61 i LOU-direktivet har i fråga om grunderna för uteslutning framgår av de paragrafer som genomför artiklarna (se avsnitten 7.4–7.6).

Enligt artikel 57.2 i LOU-direktivet innebär ett fullgörande av betalningsskyldigheten eller en bindande överenskommelse om ett sådant fullgörande att grunden obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter inte längre ska tillämpas. Enligt utredningens mening måste dock en sådan åtgärd vidtas av leverantören innan ett beslut om uteslutning meddelas. Regleringen medger således inte att en redan utesluten leverantör så att säga återinträder som deltagare i samma upphandling av det skälet att betalningsskyldigheten har fullgjorts.

Ytterligare en möjlighet att undvika uteslutning på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter följer av artikel 57.3 andra stycket i LOU-direktivet. I stycket anges att medlemsstaterna får föreskriva att obligatorisk uteslutning enligt artikel 57.2 i direktivet inte ska tillämpas när en uteslutning med stöd av artikeln skulle vara klart oproportionerlig. Därefter framhålls särskilt två omständigheter som kan motivera att undantag görs från bestäm-

melserna om obligatorisk uteslutning i artikel 57.2 i direktivet. Den första är att en betalningsskyldighet endast avser små belopp. Den andra är att beloppet som betalningsskyldigheten gäller har kommit till leverantörens kännedom i ett sådant sent skede att leverantören inte har haft några möjligheter att fullgöra sina skyldigheter. Det preciseras därvid att detta gäller om skyldigheterna inte har kunnat fullgöras innan tiden har löpt ut för att ansöka om deltagande eller för att lämna in ett anbud i en upphandling.

Hur regleringen förhåller sig till den i princip fakultativa uteslutningsgrunden i artikel 57.2 andra stycket i LOU-direktivet framgår inte.

Ett utnyttjande av möjligheten att enligt artikel 57.3 andra stycket i LOU-direktivet föreskriva undantag från reglerna om obligatorisk uteslutning enligt artikel 57.2 i direktivet, förutsätter att det klargörs hur undantagsregleringen förhåller sig till proportionalitetsprincipen. Utan en sådan precisering kan regleringens funktion ifrågasättas. Enligt utredningen ter sig nämligen undantagsbestämmelsen som en dubbelreglering av vad som redan följer av proportionalitetsprincipen.

Det kan vidare enligt utredningen ifrågasättas varför ett särskilt intresse riktas mot beloppets storlek i fråga om återbetalningsskyldigheten. Det klandervärda i detta sammanhang är enligt utredningen det faktum att leverantören över huvud taget har en utestående skuld bestående av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter.

De garantier mot orimliga konsekvenser av hur grunderna för uteslutning i artikel 57.2 i LOU-direktivet tillämpas framstår sammantaget med proportionalitetsprincipen som tillräckliga även utan bestämmelserna i artikel 57.3 andra stycket i direktivet. Som framgått ovan är ju uteslutningsgrunden inte längre tillämplig efter att betalningsskyldigheten har fullgjorts eller en bindande överenskommelse om ett sådant fullgörande har ingåtts. Det står inte heller i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen att utesluta en leverantör som inte haft någon möjlighet att fullgöra en betalningsskyldighet som denne helt nyligen fått kännedom om.

Sammanfattningsvis bedömer utredningen att artikel 57.3 andra stycket i LOU-direktivet inte bör genomföras genom särskilda regler på området. Proportionalitetsprincipen och övriga garantier mot orimliga uteslutningar är sammantaget tillräckliga för att skydda en leverantör mot ett obilligt resultat av en tillämpning av

bestämmelserna om uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter.

Utredningen gör samma bedömning som i stycket närmast ovan beträffande bestämmelserna i artikel 57.4 andra stycket i LOU-direktivet. Det finns vidare inte någon anledning att utnyttja möjligheten att genomföra en regel som innebär att en leverantör under vissa förutsättningar inte får uteslutas med stöd av sådana grunder som avses i artikel 57.4 första stycket b i direktivet.

De åtgärder som kan vidtas för att ett beslut om uteslutning inte ska fattas, när grunderna uteslutning på grund av brott och uteslutning på grund av allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs aktualiseras, regleras gemensamt i artikel 57.6 i LOU-direktivet. Som framgått ovan saknar dock artikelns fjärde stycke betydelse för svenskt vidkommande.

Bestämmelserna i artikel 57.6 i LOU-direktivet ger tydligt uttryck för att en proportionalitetsprincip ska tillämpas vid en uteslutningsbedömning. I artikeln räknas upp sådana omständigheter som ska vägas in vid uteslutningsbedömningen.

Som framgått anser Konkurrensverket att ett beslut att efterge en konkurrensskadeavgift bör beaktas när ställning tas till om en leverantör bör uteslutas på den grund som avses i artikel 57.4 första stycket d i LOU-direktivet. Om hänsyn inte tas till att en leverantör har beviljats eftergift, så kan det vara en omständighet som bidrar till att företag inte uppmärksammar verket på otillåtna samarbeten och därmed minskar verkets möjligheter att på ett effektivt sätt fullgöra de uppgifter de är ålagda och som följer av konkurrenslagen (2008:579).

Enligt utredningens mening ger varken artikeltexten eller skälen till LOU-direktivet något stöd för att särskilt framhålla funktionen av det konkurrensrättsliga regelverket som en anledning att underlåta att besluta om uteslutning på sådana grunder som avses i artikel 57.4 första stycket d i LOU-direktivet. Bestämmelserna i nämnda led och skälen i direktivet, särskilt skäl 101 första stycket, ger snarare stöd för att överträdelse av konkurrensregler är så pass allvarliga att de typiskt sett bör leda till uteslutning. Det betonas dock i skäl 101 tredje stycket i direktivet att vid en tillämpning av de fakultativa uteslutningsgrunderna bör de upphandlande myndigheterna ägna särskild uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen.

Utredningen anser mot denna bakgrund att ett beslut att efterge en konkurrensskadeavgift är en omständighet bland flera som ska

beaktas när ställning tas till om en leverantör ska uteslutas. Eftergiftsbeslutet i sig själv torde därvid inte ha någon större tyngd. Frågan får i stället bedömas enligt de allmänna bestämmelser som genomför artikel 57.6 i LOU-direktivet. Det ankommer därvid på leverantören att visa att de åtgärder denne har vidtagit är tillräckliga för att anse leverantören som tillförlitlig. Det krävs därvid att leverantören har vidtagit sådana åtgärder som avses i artikel 57.6 andra stycket i LOU-direktivet. Enligt utredningen kan det sättas i fråga i vilken utsträckning ett beslut om eftergift säger något om huruvida en leverantör har ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador. Hur ett eftergiftsbeslut och de omständigheter som har legat till grund för beslutet bör påverka tillämpningen av grunderna för uteslutning, får dock ytterst avgöras i rättstillämpningen.

Avslutningsvis i detta avsnitt bör även artikel 57.3 första stycket i LOU-direktivet nämnas. Regleringen medger att medlemsstaterna föreskriver att obligatorisk uteslutning enligt punkterna 1 och 2 i artikeln inte ska tillämpas när det finns tvingande hänsyn till allmänintresset såsom folkhälsa eller miljöskydd. I artikel 45.1 tredje stycket i 2004 års LOU-direktiv finns en motsvarande formulering – ”motiverat av tvingande allmänna intressen” – som genomfördes genom begreppet särskilda skäl (jfr nuvarande 10 kap. 1 § fjärde stycket LOU, 11 kap. 1 § fjärde stycket lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, prop. 2006/07:128 s. 236–237 och prop. 2010/11:150 s. 234).

Vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv valde man att använda ett och samma begrepp – särskilda skäl – för att täcka in de situationer då uteslutning inte skulle beslutas med hänsyn till proportionalitetsprincipen eller till tvingande allmänna intressen. En ordning som förutsätter att proportionalitetsprincipen är ett särskilt skäl återspeglar dock enligt utredningens mening inte den betydelse principen har vid handläggningen av ett ärende om uteslutning. Principen är inte något särskilt skäl utan en generell anvisning om att en sammanvägning av skälen för och emot en uteslutning aldrig får leda till att en uteslutning i det enskilda fallet framstår som orimlig. Som utredningen har beskrivit ovan rör det sig alltså om en princip som är allmänt tillämplig vid handläggningen. Att principen är tillämplig följer dessutom redan av artikel 18 i LOU-direktivet och den paragraf som genomför den artikeln (se avsnitt 3.2). Tillämpningen av proportionalitetsprin-

cipen kräver alltså inte en regel som den som gäller i dag, nuvarande 10 kap. 1 § fjärde stycket LOU, och som föreskriver särskilda skäl.

Då proportionalitetsprincipen inte kräver någon särskild reglering i nu aktuellt hänseende, finns det inte heller anledning att genomföra artikel 57.3 första stycket i LOU-direktivet på något annat sätt än genom ett direktivnära genomförande. Av detta följer att ”tvingande hänsyn till allmänintresset” bör användas i den paragraf som genomför artikeln. Enligt utredningens mening finns det ingen anledning att tolka detta begrepp på något annat sätt än det motsvarande begreppet ”tvingande hänsyn till ett allmänintresse” enligt nuvarande 16 kap. 14 § LOU (se även artikel 2d.3 första stycket i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten i dess lydelse). Det bör vidare noteras att EU-lagstiftaren i skäl 100 i LOU-direktivet anger två exempel när undantaget bör kunna tillämpas, nämligen när ”det snabbt behövs vaccin eller nöd-utrustning och detta endast kan köpas från en ekonomisk aktör för vilken ett av de obligatoriska skälen för uteslutning föreligger”.

Undantagsregleringen får i enlighet med det ovan sagda en betydligt restriktivare innebörd än den som följer av ordalagen ”särskilda skäl” enligt nuvarande 10 kap. 1 § fjärde stycket LOU.

Sammanfattningsvis bedömer utredningen att det i den nya lagen om offentlig upphandling bör genomföras bestämmelser som motsvarar de ovan behandlade i artikel 57.2 tredje stycket, 57.3 första stycket, 57.4 andra stycket, 57.5 och 57.6 första–tredje styckena i LOU-direktivet i enlighet med det anförda. Det bör dock i den nya lagen inte särskilt föreskrivas undantag från grunden uteslutning på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter med hänvisning till att en uteslutning skulle vara oproportionerlig enligt artikel 57.3 andra stycket i LOU-direktivet. Möjligheten i artikel 57.4 andra stycket i LOU-direktivet att föreskriva att en leverantör inte får uteslutas på grunden som avses i artikel 57.4 första stycket b i LOU-direktivet bör inte heller utnyttjas.

Sammanfattande slutsatser

Grunderna för uteslutning av leverantörer i artikel 57.1 och 57.2 första stycket i LOU-direktivet på grund av brott och på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter bör genomföras

genom obligatoriska regler om uteslutning i den nya lagen om offentlig upphandling. Grunderna för uteslutning av leverantörer i artikel 57.2 andra stycket och 57.4 första stycket i LOU-direktivet på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter och på grund av allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs ska däremot genomföras genom fakultativa bestämmelser om uteslutning. När det gäller regelverket avseende uteslutning på grund av brott, ska det kompletteras med en regel om vilken anknytning en fysisk person ska ha till en leverantör som är en juridisk person för att missförhållanden hänförliga till den fysiska personen ska kunna beaktas.

I den nya lagen bör bestämmelserna om vilka åtgärder som kan vidtas för att ett beslut om uteslutning inte ska fattas, om vilka omständigheter som ska vägas in vid uteslutningsbedömningen och om beslut om uteslutning genomförs med två undantag. Sverige bör nämligen inte utnyttja möjligheten att särskilt föreskriva dels undantag från grunden uteslutning på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter med hänvisning till att en uteslutning skulle vara oproportionerlig, dels att en leverantör under vissa förutsättningar inte får uteslutas på grunden som avses i artikel 57.4 första stycket b i LOU-direktivet.

De bestämmelser som tar sikte på en ordning där ett beslut om uteslutning inte bara gäller för den aktuella upphandlingen utan även för kommande upphandlingar bör inte genomföras i svensk rätt.

Regleringen bör vidare i placeras i kapitlet Uteslutning av leverantörer i den nya lagen.

7.3 Urvalskriterier

7.3.1 Nuvarande ordning

I skäl 39 i 2004 års LOU-direktiv betonas vikten av att kontrollen av leverantörernas lämplighet genomförs på öppna villkor. Det bör därför enligt skälet anges vilka icke-diskriminerande kriterier den upphandlande myndigheten får använda. I syfte att åstadkomma öppenhet bör vidare den upphandlande myndigheten åläggas, att redan vid inbjudan att lämna anbud, ange vilka urvalskriterier den kommer att tillämpa samt vilka särskilda krav på kapacitet den

kommer att kräva av leverantörerna för att de ska kunna delta i upphandlingsförfarandet.

Bestämmelser som återspeglar skäl 39 finns i artikel 44.1 och 44.2 samt i artiklarna 46–48 i 2004 års direktiv.

I artikel 44.1 och 44.2 i 2004 års direktiv finns allmänna bestämmelser om bl.a. vilka krav för val av leverantörer som en upphandlande myndighet får tillämpa och hur kontrollen av om de är uppfyllda bör te sig. Av punkten 1 framgår att en leverantör inte ska tilldelas kontrakt innan leverantörens lämplighet har kontrollerats med avseende på skäl för uteslutning och krav för val av leverantörer. I den andra punkten anges att myndigheten får kräva miniminivåer för leverantörernas kapacitet enligt artiklarna 47 och 48 i direktivet. Den andra punkten avslutas med att den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

I artikel 46 i direktivet finns bestämmelser om behörighet att utöva yrkesverksamhet.

Artiklarna 47 och 48 i direktivet innehåller bestämmelser om ekonomisk och finansiell ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet. Artiklarna är relativt omfattande och innehåller bestämmelser om bevismedel och offentliggörande. Indirekt genom artiklarnas beskrivningar av bevismedlen ges också en bild av vilka mer specifika krav en upphandlande myndighet får ställa i fråga om leverantörernas kapacitet avseende ekonomisk och finansiell ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet.

I svensk rätt har de allmänna bestämmelserna i artikel 44.1 och 44.2 i 2004 års direktiv genomförts genom nuvarande 11 kap. 1 och 2 §§ LOU. Överväganden beträffande genomförandet i dessa delar finns i prop. 2006/07:128 s. 391–392. Därutöver är även bestämmelserna i nuvarande 11 kap. 6, 7, 10, och 11 §§ LOU av intresse.

7.3.2 LOU-direktivet

I LOU-direktivets skäl behandlas inte bestämmelserna om urvalskriterier särskilt.

Bestämmelserna om urvalskriterier, eller med den av utredningen valda terminologin val av leverantörer (se avsnitt 6.3.3), finns i artikel 58 i LOU-direktivet. Artikelns är indelad i fem punkter.

I artikel 58.1 första stycket i direktivet anges vad urvalskriterierna kan avse, nämligen behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga, ekonomisk och finansiell ställning, och teknisk och yrkesmässig kapacitet.

I samma punkts andra stycke anges att de upphandlande myndigheterna endast får tillämpa kriterierna i punkterna 2–4 i artikeln ”på ekonomiska aktörer som krav för deltagande”. Det är oklart huruvida detta innebär att det är kriterierna i punkterna som inte får tillämpas som något annat än urvalskriterier i artikelns mening eller om formuleringen uttrycker att som urvalskriterier får endast tillämpas de kriterier som anges i punkterna. Av stycket följer vidare att kraven ska vara lämpliga för att se till att leverantörerna har den kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas.

Efter denna inledande punkt räknas urvalskriterierna upp i punkterna 2–4. Av bestämmelserna i punkterna framgår direkt vilka krav som får tillämpas. Detta är en skillnad mot utformningen av motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv som i stället sätter bevismedlen i förgrunden.

I den avslutande punkten, artikel 58.5 i direktivet, finns bestämmelser om offentliggörande.

7.3.3 Överväganden

<p>Utredningens förslag: Bestämmelserna om urvalskriterier i artikel 58 i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.</p>
--

Skälen för utredningens förslag

En uttömmande reglering av krav som får tillämpas för val av leverantörer?

Som konstaterats ovan är det i viss mån oklart om följderna av bestämmelserna i artikel 58.1 andra stycket i LOU-direktivet är att artikeln ska anses uttömmande reglera de krav som får tillämpas för val av leverantörer. För att kunna ge ett besked om hur artikeln bör tolkas på denna punkt bör frågeställningen delas upp. Den första delen avser frågan om en upphandlande myndighet kan ställa krav

för val av leverantörer som inte är att definiera som något av de i artikel 58.1 första stycket i direktivet uppräknade urvalskriterierna. Den andra delen avser frågan om de tre kategorier av krav som får tillämpas för val av leverantörer regleras uttömmande i respektive punkt i artikeln (artikel 58.2–4 i direktivet).

Vad avser den första delen anser utredningen att formuleringen i artikel 58.1 andra stycket i direktivet ger stöd för att de enda typer av krav som får ställas upp för val av leverantörer är de som räknas upp i artikel 58.1 första stycket i direktivet. Några andra kategorier av krav får alltså inte ställas för val av leverantörer.

När det gäller den andra delen ger formuleringen i artikel 58.1 andra stycket i direktivet knappast någon ledning. För att bedöma frågeställningen i denna del är man i stället hänvisad till att analysera hur punkterna i artikeln för respektive kategori för val av leverantörer är utformade. Utredningen anser därvid att punkterna inte ger något stöd för att de krav som anges däri skulle vara uttömmande uppräknade. Som punkterna har utformats tycks det snarare röra sig om exempel. Exempelen är dock viktiga då de beskriver sådana krav som typiskt sett står i överensstämmelse med de allmänna principerna.

I fråga om krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet kan det i detta sammanhang finnas anledning att nämna betydelsen av bestämmelserna om bevismedel i artikel 60 i LOU-direktivet. Även om artikeln reglerar bevismedel, får den betydelse för vilka krav som faktiskt ställs. Som framgår av avsnitt 7.5.3 är en upphandlande myndighet förhindrad att kräva att leverantörer ska lämna in annan utredning än den som särskilt räknas upp i artiklarna 60 och 62 i direktivet. Detta torde i någon mån begränsa myndigheten när den bestämmer vilka krav som ska tillämpas för val av leverantörer i en upphandling. Om direktivets bestämmelser om bevismedel inte tillåter att för det uppställda kravet relevant utredning begärs in, torde kravet inte heller vara tillåtet att ställa upp. Med tanke på de relativt öppet formulerade bestämmelserna om bevismedel får det antas att situationen sällan uppstår i praktiken.

Mot bakgrund av det anförda anser utredningen att artikel 58 i LOU-direktivet bör genomföras enligt de ovan tecknade riktlinjerna.

Sammanfattande slutsatser

Bestämmelserna i artikel 58 i LOU-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i den nya lagen om offentlig upphandling. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Val av leverantörer.

7.4 Europeiskt enhetligt upphandlingsdokument

7.4.1 Nuvarande ordning

I 2004 års LOU-direktiv finns inga bestämmelser om egen försäkran och europeiskt enhetligt upphandlingsdokument. Inte heller nuvarande lag om offentlig upphandling innehåller några sådana bestämmelser.

7.4.2 LOU-direktivet

Av EU-kommissionens förslag till direktiv om offentlig upphandling (se KOM(2011) 896 slutlig, motiveringen till förslaget, avsnitt 3, s. 11) som har legat till grund för LOU-direktivet framgår att kommissionen genom ett nytt direktiv om offentlig upphandling önskade få till stånd bl.a. en förenkling av hur leverantörer ska lämna information till upphandlande myndigheter. En sådan förenkling var enligt kommissionen en viktig komponent i skapandet av ett bättre marknadstillträde för små och medelstora företag. Kommissionen anförde därvid följande. ”Enligt förslaget ska det bli obligatoriskt att godta egen försäkran som *prima facie*-bevis för urvalsändamål. Det faktiska uppvisandet av skriftliga bevis kommer att underlättas av ett standardiserat dokument, det europeiska upphandlingspasset, som är ett giltigt bevis för att det inte föreligger någon grund för uteslutning.” (Se även artiklarna 57 och 59 i kommissionens förslag till direktiv om offentlig upphandling.)

I skäl 84 första stycket i LOU-direktivet uttalar EU-lagstiftaren att ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument bestående av en uppdaterad egen försäkran kan leda till en betydande förenkling som både upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer vinner på. EU-lagstiftaren anför vidare följande i skäl 84 andra stycket i direktivet.

Den anbudsgivare som myndigheten har beslutat att tilldela kontraktet bör dock vara skyldig att tillhandahålla relevanta bevis, och de upphandlande myndigheterna bör inte ingå kontrakt med anbudsgivare som inte kan göra detta. De upphandlande myndigheterna bör också ha rätt att begära alla eller delar av de kompletterande handlingarna närhelst de anser detta vara nödvändigt för ett korrekt genomförande av förfarandet. Detta kan särskilt vara fallet när det gäller tvåstegsförfaranden – selektiva förfaranden, förhandlade förfaranden under konkurrens, konkurrenspräglade dialoger och innovationspartnerskap – där de upphandlande myndigheterna utnyttjar möjligheten att begränsa antalet anbudssökande som ombeds lämna ett anbud. Det kan vara berättigat att kräva att kompletterande handlingar lämnas in när de anbudssökande som ska inbjudas väljs ut så att man undviker att de upphandlande myndigheterna bjuder in anbudssökande som senare visar sig inte kunna lämna in kompletterande dokument i tilldelningsskedet, och därmed hindrar annars kvalificerade anbudssökande från att delta.”

Det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet bör också enligt skäl 84 tredje stycket i LOU-direktivet innehålla relevant information om sådana företag vars kapacitet leverantören avser att utnyttja.

Bestämmelserna om egen försäkran och europeiskt enhetligt upphandlingsdokument finns i artikel 59 i LOU-direktivet. Rubriken till artikeln är Europeiskt enhetligt upphandlingsdokument. Artikeln är indelad i sex punkter.

Av artikel 59.1 första stycket i LOU-direktivet framgår att en upphandlande myndighet ska godta ”det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet som består av en uppdaterad egen försäkran som preliminärt bevis”. Dokumentet ska godtas som bevis på att leverantören uppfyller någon av förutsättningarna i leden a–c i samma stycke i stället för sådana intyg som utfärdas av ”myndigheter eller tredje parter”. I leden hänvisas till skäl för uteslutning, tillämpliga krav för val av leverantörer, och tillämpliga krav för minskning av antalet anbudssökande. I andra stycket anges vidare att punkten också ska tillämpas beträffande sådana företag vars kapacitet en leverantör åberopar.

I artikel 59.1 tredje stycket i direktivet föreskrivs att det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet ska bestå av en ”formell förklaring”. I stycket beskrivs vad en sådan formell förklaring ska innehålla.

Om det går att få tillgång till de kompletterande dokumenten som avses i punkterna 4 och 5 via en databas, ska enligt artikel 59.1 fjärde stycket i direktivet erforderlig information om detta lämnas i

det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet. En leverantör kan vidare enligt femte stycket i samma punkt återanvända ett tidigare använt europeiskt enhetligt upphandlingsdokument.

Av artikel 59.2 i direktivet framgår att det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet ska upprättas på grundval av ett standardformulär. Dokumentet ska endast utfärdas i elektronisk form.

I artikel 59.3 i direktivet finns bestämmelser som riktar sig till EU-kommissionen.

I artikel 59.4 och 59.5 i direktivet finns bestämmelser om kompletterande dokument. Av bestämmelserna framgår att en upphandlande myndighet när som helst under en upphandling kan begära att en leverantör ska komplettera med de dokument som omfattas av den formella förklaringen. Det framgår vidare att myndigheten ska begära in sådana dokument från den leverantör som ska tilldelas ett kontrakt innan kontraktet tilldelas. Om dokumenten redan finns tillgängliga hos myndigheten behöver leverantören inte lämna in dem igen.

I den avslutande punkten, artikel 59.6 i direktivet, finns bestämmelser om att viss information i det s.k. e-Certis ska hållas uppdaterad.

Tillämpningen av artikel 59.2 och 59.5 i LOU-direktivet kan enligt artikel 90.3 och 90.4 i samma direktiv skjutas upp till och med den 18 april respektive den 18 oktober 2018.

7.4.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om europeiskt enhetligt upphandlingsdokument i artikel 59.2 och 59.3 i LOU-direktivet bör inte föranleda några föreskrifter i författning. Bestämmelserna i 59.5 tredje stycket och 59.6 i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning. Övriga bestämmelser i artikel 59 i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Syftet med och utformningen av artikeln

Vad syftet är med bestämmelserna i artikel 59 i LOU-direktivet står enligt utredningens uppfattning klart. Regleringen syftar till att underlätta för både upphandlande myndigheter och leverantörer när det gäller utredning som åberopas vid en upphandling. En grundläggande tanke är att så långt möjligt ska endast den leverantör som ska tilldelas ett kontrakt avkrävas de dokument som enligt myndigheten ska lämnas in för att visa att det inte finns skäl för uteslutning och att de tillämpliga kraven för val av leverantörer är uppfyllda. Detta uppnås genom att leverantörerna kan lämna en försäkran om att skäl för uteslutning inte föreligger och att tillämpliga krav för val av leverantörer är uppfyllda. Ytterligare en bärande idé med regleringen får vidare antas vara att ett förenhetligande av de dokument leverantörerna använder för att lämna en försäkran minskar hindren för gränsöverskridande deltagande i upphandlingar.

När det gäller hur syftet med bestämmelserna i artikel 59 i LOU-direktivet har realiserats genom utformningen av artikeln, finns det vissa oklarheter. Enligt utredningen är utformningen av artikeln från lagtekniska utgångspunkter inte helt invändningsfri. Med detta avser utredningen att det inte otvetydigt går att fastslå hur centrala begrepp i artikeln förhåller sig till varandra. Framför allt framstår beskeden om vad ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument innefattar som inkonsekventa men även kopplingen till uppdaterad egen försäkran och formell förklaring och eventuellt samband mellan de båda senare begreppen leder till viss osäkerhet om artikelns närmare innebörd. Vidare väcker bestämmelserna frågan om huruvida ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument enbart kan existera i elektronisk form.

Riktlinjer för genomförandet av artikeln

Ovanstående invändningar emot begreppsbildningen i artikeln, är enligt utredningen sådana att bestämmelserna i artikeln inte kan genomföras helt direktivnära i alla delar. Vid genomförandet handlar det därför om att i stället identifiera de centrala momenten i artikeln och genomföra bestämmelserna på ett sätt som återspeglar dessa moment. En analys av artikeln ger vid handen att

bestämmelserna är uppbyggda runt tre moment, nämligen egen försäkran, kompletterande dokument och europeisk enhetligt upphandlingsdokument.

Det *första momentet* avser egen försäkran. Artikelns bestämmelser i denna del bygger på förutsättningen att en leverantör ska kunna lämna en försäkran om att grunder för uteslutning inte föreligger eller att tillämpliga krav för val av leverantörer eller för begränsning av antalet anbudssökande är uppfyllda. Vad försäkran ska innehålla framgår av artikel 59.1 tredje stycket i direktivet. Försäkran ska med andra ord innehålla det som en formell förklaring enligt artikeln ska innehålla. För en upphandlande myndighets del innebär en försäkran att den kan avvakta med att begära att leverantören ska lämna in de dokument som försäkran avser.

Det *andra momentet*, kompletterande dokument, tar sikte på när de dokument som försäkran avser får eller ska begäras in. Momentet kan delas in i två delmoment.

Det första delmomentet rör kompletterande dokument som får begäras in när som helst under en upphandling. Huruvida dokument ska begäras in avgörs av den upphandlande myndigheten. Så länge myndighetens agerande inte strider mot de allmänna principerna, ligger det i myndighetens händer att avgöra när och från vilken leverantör dokumenten ska begäras in.

Det andra delmomentet rör den grundläggande bestämmelsen att en leverantör inte ska tilldelas kontrakt innan den har kontrollerats med avseende på skäl för uteslutning och tillämpliga krav för val av leverantörer. Innan leverantören i fråga tilldelas kontrakt ska den sålunda lämna in erforderliga dokument. Dessa dokument ska vara uppdaterade eller med andra ord aktuella.

Vad avser det *tredje momentet*, europeiskt enhetligt upphandlingsdokument, kan det visserligen diskuteras vad det är tänkt att tillföra i materiell mening. Begreppet skulle möjligen kunna ses enbart som en beskrivning av en försäkran som lämnas i ett specifikt format, nämligen på det standardformulär som ska fastställas av EU-kommissionen (se artikel 59.2 i LOU-direktivet). En sådan syn på begreppet skulle sannolikt även förenkla den lagtekniska utformningen av de bestämmelser som genomför artikeln. Såvitt utredningen kan bedöma synes dock EU-lagstiftaren önskat tillföra något annat än enbart en formatbeskrivning.

Enligt utredningens uppfattning ligger det nära till hands att ge begreppet en betydelse för tillämpningen av det andra momentet,

kompletterande dokument. Om en egen försäkran lämnas på det av EU-kommissionen fastställda standardformuläret, bör myndighetens möjligheter att avgöra när kompletterande dokument ska begäras in enligt det första delmomentet begränsas något. Resonemanget ovan beträffande det första delmomentet bör sålunda kompletteras med en regel om att en försäkran som har lämnats in på standardformuläret hindrar i viss utsträckning att myndigheten begär in kompletterande dokument. Detta görs lämpligen genom tillägget att myndigheten i sådana fall får begära in kompletterande dokument enbart om det är nödvändigt för att genomföra upphandlingen på ett korrekt sätt (jfr artikel 59.4 första stycket i direktivet). Myndighetens handlingsutrymme begränsas därmed något mer än om det enbart skulle ha krävts att agerandet inte står i strid med de allmänna principerna.

Mot denna bakgrund anser utredningen att artikel 59 i LOU-direktivet bör genomföras enligt ovan beskrivna riktlinjer.

När det gäller artikel 59.2 och 59.3 i LOU-direktivet, erfordrar bestämmelserna i de punkterna inte några särskilda nationella genomförandeåtgärder. Båda punkterna riktar sig nämligen till EU-kommissionen.

Bestämmelserna i artikel 59.5 tredje stycket och 59.6 bör genomföras genom föreskrifter i förordning. Enligt utredningens mening bör Konkurrensverket utföra de uppgifter som följer av punkternas bestämmelser (jfr avsnitt 7.6.3).

Sammanfattande slutsatser

Bestämmelserna i artikel 59.2 och 59.3 i LOU-direktivet bör inte föranleda några åtgärder genom föreskrifter i författning. Bestämmelserna i artikel 59.5 tredje stycket och 59.6 i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning. Övriga bestämmelser i artikel 59 i LOU-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i den nya lagen om offentlig upphandling. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Egen försäkran och annan utredning avseende förhållanden hos leverantörer.

Föreskrifterna som genomför artikel 59.5 tredje stycket och 59.6 i LOU-direktivet och som ska meddelas genom förordning bör utformas enligt följande.

X § Konkurrensverket ska föra en förteckning över de databaser som innehåller de uppgifter som avses enligt 61 § 2 lagen (2016:0000) om offentlig upphandling och som myndigheter från andra medlemsstater än Sverige ska kunna ta del av.

7.5 Bevismedel

7.5.1 Nuvarande ordning

I skäl 39 i 2004 års LOU-direktiv betonas vikten av att kontrollen av leverantörers lämplighet genomförs på öppna villkor. I skälet anges vidare bl.a. att det därför i direktivet bör föreskrivas på vilket sätt leverantörerna kan bevisa att de uppfyller kriterierna för urval i en upphandling. Sådana bestämmelser finns bl.a. i artiklarna 45.3, 47.1, 47.4, 47.5, 48.2 och 48.6 i 2004 års direktiv.

Som framgår av uppräkningsen ovan har bestämmelserna om bevismedel i 2004 års direktiv inte samlats i en och samma artikel. Bestämmelserna har i stället placerats i de artiklar som rör leverantörernas lämplighet i olika avseenden. Dessa artiklar reglerar utslutning från att delta i en upphandling (artikel 45) samt hur en leverantör uppfyller och bevisar att denne uppfyller krav som avser ekonomisk och finansiell ställning (artikel 47) och teknisk eller yrkesmässig kapacitet (artikel 48).

Bestämmelserna i de olika artiklarna tar sikte på tre aspekter på förfarandet som leder fram till om en leverantör finns lämplig eller ej utifrån bestämmelserna om utslutning och urval. För det första finns det bestämmelser som anger att en upphandlande myndighet ska eller bör godta viss typ utredning som tillräcklig bevisning. För det andra finns det regler som syftar till en icke-diskriminerande behandling av leverantörer och som föreskriver att leverantörerna kan åberopa annan likvärdig utredning. För det tredje finns det föreskrifter om krav på att myndigheten ska offentliggöra vilken utredning leverantörerna ska lämna in.

Bestämmelserna i ovan nämnda punkter i artiklarna 45, 47 och 48 i 2004 års direktiv har genomförts genom nuvarande 10 kap. 3 § samt 11 kap. 7–9 och 11 §§ LOU. Placeringen av bestämmelserna i lagen motsvarar den i direktivet. Bestämmelserna om bevismedel är sålunda inte heller placerade samlat i lagen.

Övervägandena beträffande genomförandet finns i prop. 2006/07:128 s. 390 f., 395–397 och 398–400.

När det gäller bestämmelserna om ekonomisk och finansiell ställning i artikel 47 i 2004 års direktiv, kan noteras att det i den svenska nationella regleringen har ansetts tillräckligt att enbart använda begreppet ekonomisk ställning. Begreppet bedömdes nämligen inrymma även finansiell ställning. Regeringen erinrade vidare om att uppräkningsen i nuvarande 11 kap. 9 § LOU inte var uttömmande och att en upphandlande myndighet därför kunde begära att leverantörer skulle ge in andra bevis avseende ekonomisk ställning. Det hänvisades därvid till EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-27–29/86, *CEI v Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes*. (Se prop. 2006/07:128 s. 396.)

I fråga om teknisk kapacitet uttalade regeringen att ordlydelsen i artikel 48.2 i 2004 års direktiv var sådan att uppräkningsen däri var att anse som uttömmande. Följden av detta blev enligt regeringen att en upphandlande myndighet enligt nuvarande 11 kap. 11 § LOU inte kunde begära in andra handlingar än de som angavs i paragrafen. (Se prop. 2006/07:128 s. 399 f.)

EU-domstolen har i mål C-218/11, *Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig) och Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe mot Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, behandlat tillämpningen av artikel 47 och skillnaderna mellan den artikeln och artikel 48 i 2004 års direktiv. I domen uttalade domstolen (punkt 28) att artikel 47 i 2004 års direktiv gav de upphandlande myndigheterna en ganska stor frihet. Myndigheternas frihet att uppställa krav av sådant slag som avsågs i artikel 48 i 2004 års direktiv var däremot enligt domstolen begränsade. Domstolen uttryckte att EU-lagstiftaren enligt den senare artikeln hade upprättat ett slutet system som begränsade myndigheternas metoder för bedömning och kontroll. Domstolen erinrade vidare (punkt 29) att valfriheten som artikel 47 i 2004 års direktiv medgav inte var helt obegränsad. Av de allmänna bestämmelserna om kontroll av lämplighet och val av deltagare samt tilldelning av kontrakt, artikel 44 i 2004 års direktiv, följde nämligen enligt domstolen krav på samband mellan det uppställda kravet och kontraktföremålet och på att det uppställda kravet skulle vara proportionerligt.

7.5.2 LOU-direktivet

I flera av skälen i LOU-direktivet behandlas vilken typ av utredning en upphandlande myndighet kan kräva att leverantörer ska lämna in och ska eller bör acceptera som tillräcklig bevisning. Det anges därvid att leverantörer ska kontrolleras i enlighet med ”bestämmelserna om bevismedel” (skäl 40) eller att kompletterande handlingar ska lämnas in enligt ”de allmänna bestämmelserna om bevismedel” (skäl 65). Av skälen framgår sålunda att det i LOU-direktivet finns allmänna bestämmelser om bevismedel och att dessa bestämmelser har betydelse för bedömningen av flera av de krav som får ställas upp i en upphandling.

I skälen som berör krav som kan ställas för val av leverantörer och utredning beträffande sådana krav och skäl för uteslutning betonas behoven av förenkling och minskad administrativ börda för små och medelstora företag (skälen 83–86). I dessa skäl framhålls framförallt bestämmelserna om egen försäkran och europeiskt enhetligt upphandlingsdokument.

Som framgått behandlas alltså frågan om bevismedel i flera av skälen i LOU-direktivet. Det finns dock inte något skäl som samlat uttrycker EU-lagstiftarens motiv till att samla bestämmelserna om bevismedel i en och samma artikel. Sådana bestämmelser finns i artikel 60 i LOU-direktivet. Artikelns rubrik är Bevismedel och är indelad i fem punkter.

Av artikel 60.1 första stycket i LOU-direktivet framgår att en upphandlande myndighet får kräva intyg, försäkringar och andra bevismedel enligt punkterna 2–4 i artikeln som bevis för att skäl för uteslutning inte föreligger, artikel 57 i direktivet, och för att tillämpliga krav för val av leverantörer är uppfyllda, artikel 58 i direktivet.

I det andra stycket i artikel 60.1 i LOU-direktivet anges att myndigheten inte får kräva några andra bevismedel än de som anges i artikeln och i artikel 62 i direktivet (kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder). När det gäller leverantörer anges endast att de kan använda ”alla lämpliga medel för att bevisa” att de kommer att förfoga över nödvändiga resurser, om de avser att utnyttja andra enheters kapacitet enligt artikel 63 i direktivet.

Av reglerna i artikel 60.1 andra stycket i LOU-direktivet får således anses följa att upphandlande myndigheter inte har några valmöjligheter när de ska bestämma vilka bevismedel som ska användas. Denna begränsning gäller enligt LOU-direktivet även för för-

hållanden som rör ekonomisk och finansiell ställning. Hur regleringen ska tolkas vad gäller leverantörers möjligheter att åberopa annan utredning än den som uttryckligen nämns i artiklarna 60 och 62 är oklart.

Utredning som rör uteslutning behandlas i artikel 60.2 i LOU-direktivet. Regleringen i punkten motsvarar i princip bestämmelserna i artikel 45.3 i 2004 års direktiv. Någon direkt motsvarighet till bestämmelserna i artikel 60.2 tredje stycket i LOU-direktivet finns dock inte i 2004 års direktiv. I stycket anges att en medlemsstat i relevanta fall ska lämna en officiell förklaring med avseende på bl.a. sådana dokument som avses artikeln.

Bestämmelserna om utredning beträffande ekonomisk och finansiell ställning finns i artikel 60.3 i LOU-direktivet. I punkten hänvisas också till del I i bilaga XII till direktivet. Bestämmelser som motsvarar punktens finns i artikel 47.1 och 47.5 i 2004 års direktiv.

I artikel 60.4 i LOU-direktivet finns regler om utredning avseende teknisk kapacitet. Även i denna punkt hänvisas till bilaga XII, men då i stället till den bilagans del II. Bestämmelser som motsvarar punktens finns i artikel 48.2 i 2004 års direktiv.

I den avslutande punkten, artikel 60.5 i LOU-direktivet, finns bestämmelser om administrativt bistånd.

7.5.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om administrativt bistånd i artikel 60.5 i LOU-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om bevismedel. Bestämmelserna i artikel 60.2 tredje stycket i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning. Övriga bestämmelser om bevismedel i artikel 60 i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Bestämmelserna om bevismedel i artikel 60 i LOU-direktivet bör genomföras genom föreskrifter som samlas i ett avsnitt i lagen. Det innebär att systematiken blir en annan i den nya lagen om offentlig upphandling än i den nuvarande.

Bestämmelserna om bevismedel i artikel 60 i LOU-direktivet reglerar två av de ovan berörda aspekterna beträffande motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv i fråga om förfarandet som leder fram till om en leverantör befinns lämplig eller ej utifrån bestämmelserna om uteslutning och val av leverantör. Dessa två är vilken utredning en upphandlande myndighet ska eller bör godta som tillräcklig bevisning och möjligheterna för leverantörer att åberopa annan likvärdig utredning. Artikel 60 innehåller dock inte några regler om offentliggörande av vilken utredning leverantörer ska lämna in. Sådana regler finns i stället i artikel 58.5 i LOU-direktivet. Utöver dessa aspekter tillkommer i LOU-direktivet frågan om utredningen som räknas upp i artikel 60 i direktivet är uttömmande.

Som framgått innebär bestämmelserna i artikel 60 i LOU-direktivet att en upphandlande myndighet inte får kräva att leverantörerna ska lämna in annan utredning än den som regleras i artikeln eller i artikel 62 i direktivet. Med hänsyn till att bestämmelserna i artikel 60.2–4 i direktivet är relativt öppet formulerade, framstår det möjligen som en något hårdragen tolkning att myndigheten inte får ställa krav på andra bevismedel än de som följer av dessa punkter. Det antyder ju att man med en viss grad av precision kan avgöra vilken utredning som myndigheten inte får begära att leverantörerna ska lämna in. Som punkterna är formulerade kan de i stället ses mer som anvisningar om vad som typiskt sett är acceptabelt utifrån principen om icke-diskriminering.

Det kan sålunda anföras skäl emot att uttrycka det på det sättet att en upphandlande myndighet inte får kräva annan utredning än den som särskilt räknas upp. Ordalydelsen i artikel 60.1 andra stycket i LOU-direktivet är å andra sidan tydlig på just denna punkt; myndigheten får inte kräva att leverantörerna ska lämna in annan utredning än den som anges i artikeln eller i artikel 62. De anförda skälen är enligt utredningens bedömning inte sådana att direktivtexten inte bör genomföras så direktivnära som möjligt. Det innebär att föreskrifterna som genomför artikel 60 i direktivet ska ge uttryck för att uppräknningen av olika typer av utredningar är uttömmande för en upphandlande myndighet. Myndigheten är således förhindrad att kräva in någon annan utredning än den som särskilt räknas upp.

Beträffande leverantörers möjligheter att lämna in annan utredning än den som särskilt anges i LOU-direktivet, ger artikel 60 i direktivet inte något entydigt svar. Beträffande kvalitetssäkrings-

och miljöledningsstandarder kan noteras att det finns särskilda bestämmelser som anger att likvärdiga intyg m.m. ska godtas som tillräcklig bevisning under vissa förutsättningar. Enligt utredningen finns det i artikel 60 i LOU-direktivet inte något stöd för att en leverantör skulle vara förhindrad att åberopa annan utredning än den i artikeln och bilaga XII till direktivet särskilt angivna. Frågan lär dock sällan ställas på sin spets med hänsyn till den omfattande uppräknings och den i flera fall relativt öppna beskrivningen av olika typer av utredning.

Vad gäller bestämmelserna om officiell förklaring i 60.2 tredje stycket i LOU-direktivet, är de sådana att de bör genomföras genom föreskrifter som meddelas i förordning. Som framgår av bestämmelserna ska förklaringarna göras tillgängliga i det s.k. e-Certis (se avsnitt 7.6). Med hänsyn till kopplingen till e-Certis framstår det som lämpligt att samma myndighet som ska se till att erforderliga uppgifter registreras och uppdateras kontinuerligt i e-Certis också utför de uppgifter som följer av artikel 60.2 tredje stycket i direktivet. Som framgår av avsnitt 7.6.3 anser utredningen att Konkurrensverket är lämplig myndighet att se till att registreringen i e-Certis är korrekt. Konkurrensverket bör sålunda åläggas att utföra även de uppgifter som följer av artikel 60.2 tredje stycket i direktivet.

I fråga om artikel 60.5 i LOU-direktivet är det något oklart vad den artikeln erfordrar i genomförandehänseende. Som den är utformad riktar den sig till medlemsstaterna och rör hur samarbetet mellan medlemsstaterna bör te sig. Huruvida informationen som avses i artikeln ska lämnas för beslut i enskilda fall, framgår inte heller entydigt. Enligt utredningen får det antas att syftet med punkten uppnås med en tillämpning av de föreskrifter som genomför artikel 86 i direktivet. De föreskrifter som genomför artikel 60 i direktivet behöver alltså inte innefatta några föreskrifter som särskilt genomför artikel 60.5 i direktivet.

Sammanfattningsvis bedömer utredningen att bestämmelserna om administrativt bistånd i artikel 60.5 i LOU-direktivet inte bör genomföras genom särskilda föreskrifter om bevismedel. Bestämmelserna i artikel 60.2 tredje stycket i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning. Övriga bestämmelser i artikel 60 i LOU-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i den nya lagen om offentlig upphandling. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Egen försäkrans och annan utredning avseende förhållanden hos leverantörer.

Föreskrifterna som genomför artikel 60.2 tredje stycket i LOU-direktivet (X §) som ska meddelas genom förordning bör utformas enligt följande.

X § När ett dokument inte har kunnat utfärdas av en behörig myndighet enligt 64 eller 65 §§ lagen (2016:0000) om offentlig upphandling eller inte omfattar alla relevanta situationer enligt 13 §, 14 § och 15 § 2 den lagen, ska Konkurrensverket lämna en officiell förklaring till detta.

Tillväxtverket ska göra de förklaringar som har lämnats enligt första stycket tillgängliga i Europeiska kommissionens online-verktyg för tillhandahållande av intyg och certifikat (e-Certis.).

Om artikel 60.5 i LOU-direktivet (Y §) genomförs, trots utredningens bedömning ovan, kan det göras genom föreskrifter som meddelas genom förordning och som utformas enligt följande.

Y § Konkurrensverket ska på begäran göra alla upplysningar som rör dels skäl för uteslutning samt leverantörers behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomiska och finansiella ställning och tekniska och yrkesmässiga kapacitet, dels utredning enligt 13–19, 52–56, 63–70 §§ lagen (2016:0000) om offentlig upphandling tillgängliga för behöriga myndigheter i andra medlemsstater i Europeiska unionen än Sverige.

7.6 Online-verktyg för tillhandahållande av intyg och certifikat (e-Certis)

7.6.1 Nuvarande ordning

EU-kommissionen tillhandahåller och förvaltar redan i dag ett webbaserat verktyg som är tänkt att underlätta för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer att bilda sig en uppfattning om vilken typ av dokumentation som förekommer, krävs och accepteras vid upphandlingar i medlemsstaterna.

Beteckningen på verktyget skiftar något. Kommissionen använder e-Certis, eCertis och eCertIS. På Upphandlingsstödet.se används beteckningen eCERTIS (se webbadresserna <<http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do>>, <<http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do?brochure=en&test=.pdf>>, <<http://www.upphandlingsstod.se/verktyg>>)

Verktyget bygger på att medlemsstaterna uppdaterar och verifierar informationen beträffande respektive medlemsstat. Verktyget är dock ytterst ett gemensamt initiativ som bygger på att medlemsstaterna medverkar frivilligt. I Sverige har Kammarkollegiet och Konkurrensverket bidragit med den information som rör Sverige.

7.6.2 LOU-direktivet

I skäl 87 i LOU-direktivet behandlas systemet e-Certis. EU-lagstiftaren anför därvid följande i skälet.

Kommissionen tillhandahåller och förvaltar ett elektroniskt system, e-Certis, som nationella myndigheter för närvarande uppdaterar och verifierar på frivillig basis. Syftet med e-Certis är att underlätta utbytet av intyg och annan styrkande dokumentation som upphandlande myndigheter ofta kräver. Erfarenheten hittills tyder på att frivillig uppdatering och verifiering inte är tillräckligt för att garantera att e-Certis infriar hela sin potential att förenkla och underlätta dokumentutbytet till fördel särskilt för små och medelstora företag. Underhållet bör därför i ett första steg göras obligatoriskt och i ett senare steg bör det bli obligatoriskt att använda e-Certis.

Bestämmelserna om e-Certis finns i artikel 61 i LOU-direktivet. Rubriken till artikeln är "Online-verktyg för tillhandahållande av intyg och certifikat (e-Certis)". Artikeln är indelad i tre punkter.

Av artikel 61.1 i direktivet framgår att det av EU-kommissionen inrättade e-Certis ska användas för att underlätta gränsöverskridande upphandling. Enligt punkten ska medlemsstaterna "se till" att den information om intyg och andra skriftliga bevis som registreras i systemet ska uppdateras kontinuerligt.

I artikel 61.2 i direktivet slås fast att de upphandlande myndigheterna "i första hand" ska kräva den typ av intyg och skriftliga bevis som e-Certis innehåller. Det anges vidare att de upphandlande myndigheterna ska ha tillgång till systemet.

Artikeln avslutas med en bestämmelse som riktar sig till EU-kommissionen. Enligt artikel 61.3 i direktivet ska kommissionen göra alla språkversioner av det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet tillgängliga i e-Certis.

När det gäller artikel 61.2 i direktivet ska noteras att medlemsstaterna får skjuta upp tillämpningen av punktens bestämmelser till och med den 18 oktober 2018. Detta framgår av artikel 90.5 i direktivet.

7.6.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om online-verktyg för tillhandahållande av intyg och certifikat (e-Certis) i artikel 61.2, i de delar som riktar sig till kommissionen, och artikel 61.3 i LOU-direktivet bör inte föranleda några föreskrifter i författning. Bestämmelserna i artikel 61.1 i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning. Övriga bestämmelser i artikel 61.2 i LOU-direktivet bör inte genomföras i nuläget.

Skälen för utredningens förslag

Vissa av artikelns bestämmelser riktar sig till EU-kommissionen och bör inte föranleda några föreskrifter i författning. Sådana bestämmelser finns i artikel 61.2 och 61.3 i LOU-direktivet.

När det gäller den del av artikel 61.2 i direktivet som inte riktar sig till kommissionen, finns det anledning att ta i beaktande att utformningen av den del av systemet, e-Certis, ännu inte är känd. Av artikel 59.2 i LOU-direktivet följer att kommissionen har getts befogenheter att anta genomförandeakter i fråga om det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet. Enligt utredningens bedömning bör därför denna del av artikel 61.2 i direktivet inte genomföras i nuläget. Som framgått kan ju medlemsstaterna avvakta med genomförandet i denna del (se artikel 90.5 i LOU-direktivet). När det bedöms lämpligt att genomföra bestämmelserna kan föreskrifterna utformas enligt följande och införas som ett nytt andra stycke i 63 § i utredningens lagförslag avseende offentlig upphandling.

När myndigheten enligt första stycket begär att utredning ska lämnas in, bör den i första hand begära in sådan typ av utredning som myndigheten har tillgång till via det av EU-kommissionen upprättade online-verktyget för tillhandahållande av intyg och certifikat (e-Certis).

Vad avser artikel 61.1 i LOU-direktivet har utredningen att ta ställning till vilken myndighet som ska se till att erforderliga uppgifter registreras och uppdateras kontinuerligt i e-Certis.

Åliggandet som följer av artikel 61.1 i LOU-direktivet framstår som snarlikt de uppgifter som Kommerskollegium, Tillväxtverket och Konsumentverket utför inom den s.k. gemensamma kontakt-

punkten (se 4 § förordningen [2009:1078] om tjänster på den inre marknaden). Uppgiften kan också påstås ligga inom ramen för de uppgifter som Konkurrensverket har ålagts att utföra inom ramen för ett upphandlingsstöd (se 4 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket). Konkurrensverket har också tidigare deltagit i arbetet med att i e-Certis registrera uppgifter och hålla dem aktuella.

Sammantaget bedömer utredningen att Konkurrensverket lämpligen bör åläggas att utföra de uppgifter som följer av artikel 61.1 i direktivet. Föreskrifterna som genomför artikel 61.1 i direktivet bör meddelas genom förordning och utformas enligt följande.

X § Konkurrensverket ska se till att erforderliga uppgifter om intyg och andra skriftliga bevis registreras och uppdateras kontinuerligt i EU-kommissionens online-verktyg för tillhandahållande av intyg och certifikat (e-Certis).

7.7 Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder

7.7.1 Nuvarande ordning

I skäl 44 i 2004 års LOU-direktiv nämns möjligheterna att i lämpliga fall när byggtreprenadens eller tjänsternas natur motiverar det, kräva att åtgärder eller system för miljöledning ska tillämpas vid fullgörande av kontrakt. I samma skäl behandlas vidare hur en leverantör kan visa att kontraktet kan fullgöras i enlighet med nämnda krav.

I 2004 års LOU-direktiv finns bestämmelserna om kvalitetssäkringsstandarder och miljöledning i artikel 49 och artikel 50. I artikel 49, kvalitetssäkringsstandarder, anges följande.

Om en upphandlande myndighet kräver uppvisande av intyg utfärdat av ett oberoende organ om att den ekonomiska aktören iakttar vissa kvalitetssäkringsstandarder, skall myndigheten hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standarder på området som är certifierade av organ vilka uppfyller europeiska standarder för certifiering. Den skall godkänna likvärdiga intyg från organ som är etablerade i andra medlemsstater. Den skall även godta andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder som lämnas av ekonomiska aktörer.

I artikel 50, standarder för miljöledning, anges följande.

Om en upphandlande myndighet i de fall som avses i artikel 48.2 f kräver att få se certifikat som upprättats av ett oberoende organ och som intygar att den ekonomiska aktören uppfyller vissa miljöledningsstandarder, skall myndigheten hänvisa till gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (EMAS) eller till miljöledningsstandarder som bygger på relevanta europeiska eller internationella standarder och som certifierats av organ som uppfyller gemenskapslagstiftningen eller internationella standarder för certifiering. Myndigheten skall godta likvärdiga certifikat från organ i andra medlemsstater. Den skall även godta andra bevis på likvärdiga miljöledningsåtgärder som läggs fram av de ekonomiska aktörerna.

Artiklarna har i svensk rätt genomförts genom nuvarande 11 kap. 14 och 15 §§ LOU. Övervägandena beträffande genomförandet finns i prop. 2006/07:128 s. 401–403. Med anledning av en ny EU-förordning om frivillig miljöledning och miljörevision gjordes år 2011 vissa följdändringar i nuvarande 11 kap. 15 § LOU (prop. 2010/11:93, bet. 2010/11:MJU23, rskr. 2010/11:282).

7.7.2 LOU-direktivet

Frågan om åtgärder och system för miljöledning berörs i skäl 88 i LOU-direktivet. Till skillnad mot skäl 44 i 2004 års LOU-direktiv anges inte i 2014 års skäl att åtgärder eller system för miljöledning får krävas för fullgörande av kontrakt i ”lämpliga fall, när byggentreprenadens eller tjänsternas natur motiverar” det. Uttalandena i skälet i 2004 års LOU-direktiv – ”lämpliga fall” och ”natur motiverar” det – tycks dock inte ha lämnat några spår vare sig i bestämmelserna som har genomfört artiklarna 49 och 50 i 2004 års direktiv, nuvarande 11 kap. 14 och 15 §§ LOU, eller i förarbetena till dessa (se prop. 2006/07:128 s. 401–403, jfr även a.a. s. 539).

I övrigt anges i skäl 88 i LOU-direktivet liksom i motsvarande skäl i 2004 års direktiv att miljöledningssystem kan visa att leverantören har teknisk kapacitet att fullgöra kontraktet oberoende av om systemet är registrerat i överensstämmelse med unionsinstrument som förordning 1221/2009 eller ej. Det anges vidare att detta inbegriper intyg för EU-miljömärket som omfattar miljöledningskriterier.

Skäl 88 i LOU-direktivet avslutas med uttalanden som rör en leverantörs möjligheter att beskriva sådana miljöledningssystem

som inte är registrerade i enlighet med något unionsinstrument. Det anges därvid att då en leverantör som inte har tillgång till registrerade system för miljöledning eller inte har möjlighet att få det inom aktuella tidsfrister, bör det vara tillåtet för denne att lämna en beskrivning av de åtgärder för miljöledning som har genomförts. Detta förutsätter att leverantören visar att åtgärderna garanterar samma miljöskydd som de åtgärder som krävs enligt miljöledningen.

I LOU-direktivet har bestämmelserna om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder samlats i en artikel, artikel 62. Artikeln är indelad i tre punkter.

I artikel 62.1 i LOU-direktivet finns bestämmelser om kvalitetssäkringsstandarder. Punkten motsvarar artikel 49 i 2004 års direktiv med den skillnaden att tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning särskilt nämns i 2014 års bestämmelse. Till skillnad mot artikeln i 2004 års direktiv avslutas dessutom artikel 62.1 i LOU-direktivet med bestämmelser som i viss utsträckning begränsar en leverantörs möjlighet att åberopa andra kvalitetssäkringssystem än de som den upphandlande myndigheten har hänvisat till. I punktens sista mening anges nämligen följande.

Den ska även godta andra bevis om likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder om den berörda ekonomiska aktören inte hade möjlighet att erhålla intygen inom gällande tidsfrister och detta inte kan tillskrivas den ekonomiska aktören, förutsatt att den ekonomiska aktören bevisar att de föreslagna kvalitetssäkringsåtgärderna överensstämmer med de kvalitetssäkringsstandarder som krävs.

Utöver att det av det åberopade materialet ska framgå att de föreslagna kvalitetssäkringsåtgärderna överensstämmer med de kvalitetssäkringsstandarder som myndigheten har hänvisat till, ska ytterligare två förutsättningar vara uppfyllda för att ”andra bevis” ska godtas för att kvalitetssäkringsåtgärderna ska anses vara likvärdiga med de som följer av angivna standarder. För det första ska leverantören inte ha haft möjlighet att erhålla intygen inom gällande tidsfrister. För det andra ska detta inte kunna tillskrivas leverantören. Av dessa två förutsättningar, framförallt den senare, tycks det sålunda följa ett visst aktsamhetskrav på leverantören.

Bestämmelser om miljöledningsstandarder finns i artikel 62.2 i LOU-direktivet. Punkten är indelad i två stycken.

Artikel 62.2 första stycket i LOU-direktivet motsvarar i princip artikel 50 första och andra meningarna i 2004 års direktiv.

I förhållande till 2004 års direktiv saknas det dock i 2014 års direktiv en uttrycklig koppling till reglerna om tekniska specifikationer. När det gäller bestämmelserna om tekniska specifikationer i 2014 års direktiv, kan noteras att de inte är placerade i avsnittet om kvalitativa urvalskriterier utan i avsnittet om förberedelser, artikel 42 i LOU-direktivet.

Den avslutande bestämmelsen i artikel 50 tredje meningen i 2004 års direktiv har ingen direkt motsvarighet i artikel 62.2 i LOU-direktivet, men får antas ha ersatts av bestämmelserna i artikel 62.2 andra stycket i LOU-direktivet. I likhet med artikel 62.1 i LOU-direktivet avslutas artikel 62.2 i direktivet med bestämmelser som i viss utsträckning begränsar en leverantörs möjlighet att återropa andra standarder än de som den upphandlande myndigheten har hänvisat till. Artikel 62.2 andra stycket i direktivet har följande lydelse.

Om en ekonomisk aktör bevisligen inte hade möjlighet att få sådana intyg utfärdade eller erhålla dem inom gällande tidsfrister och detta inte kan tillskrivas den ekonomiska aktören ska den upphandlande myndigheten också godta andra bevis om miljöledningsåtgärder, förutsatt att den ekonomiska aktören bevisar att dessa åtgärder är likvärdiga med dem som krävs i det tillämpliga miljöledningssystemet eller den tillämpliga miljöledningsstandarderna.

Regleringen är uppbyggd på samma sätt som motsvarande bestämmelse i artikel 62.1 sista meningen i LOU-direktivet. När det gäller en av förutsättningarna används begreppet "bevisligen" i artikel 62.2 andra stycket i LOU-direktivet. Huruvida det innebär att det krävs mer eller mindre vägande skäl i fråga om möjligheterna att "få sådana intyg utfärdade eller erhålla dem" i förhållande till motsvarande förutsättning i artikel 62.1 sista meningen i direktivet är oklart. Vidare är begreppsbildningen inte helt överensstämmande mellan artikelns två första punkter när det gäller hur orden "likvärdiga" och "överensstämmer" används.

Med artikel 62.3 i LOU-direktivet avslutas artikeln. I punkten anges att medlemsstaterna ska bistå varandra enligt artikel 86 i direktivet med information om sådana bevis som avses i punkterna 1 och 2 i artikeln.

7.7.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om administrativt samarbete i artikel 62.3 i LOU-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder. Bestämmelserna i övrigt om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder i artikel 62 i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Bestämmelserna om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder i LOU-direktivet syftar framförallt till att krav på sådana standarder i en upphandling inte ska tillåtas påverka leverantörer på ett sätt som strider mot principen om icke-diskriminering. EU-lagstiftaren har för att undvika sådana effekter siktat in sig på två olika aspekter på en upphandling. Den första avser vilka standarder en upphandlande myndighet bör hänvisa till. Den andra gäller under vilka förutsättningar en leverantör kan använda sig av andra alternativ än de standarder som myndigheten har hänvisat till för att visa att leverantörens åtgärder överensstämmer med de som följer av standarden i fråga.

Den *första aspekten* på regleringen återfinns även i 2004 års direktiv. För genomförandet av artikel 62.1 och 62.2. i dessa delar bör därför frågan ställas om genomförandet kan ske med nuvarande bestämmelser som förebilder. De få skillnaderna mellan 2004 års och 2014 års artiklar i nu aktuellt hänseende som utredningen har redogjort för ovan, är enligt utredningens bedömning inte sådana att nämnda punkter bör genomföras på ett sätt som principiellt skiljer sig från det tidigare.

Tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning som del i en kvalitetssäkringsstandard kunde användas redan med stöd av 2004 års reglering. Att detta nu särskilt nämns i artikel 62.1 i LOU-direktivet bör i fråga om genomförandet enbart medföra att förhållandet också nämns i de föreskrifter som genomför punkten.

Det finns vidare enligt utredningen inte någon anledning att avvika från genomförandemetoden att använda nuvarande 11 kap. 15 § LOU som förebild på grund av att det i artikel 62.2 i LOU-direktivet inte finns någon koppling till att det ska röra sig om kontrakt som gäller tjänster eller byggtreprenader.

Sammanfattningsvis bör alltså bestämmelserna i artikel 62.1 och 62.2 i LOU-direktivet om vilka standarder en upphandlande myndighet bör hänvisa till, genomföras med nuvarande 11 kap. 14 och 15 §§ LOU som förebilder. Samtidigt ska dock föreskrifterna som genomför nyss nämnda punkter så långt möjligt ges en direktivnära utformning.

Den *andra aspekten* på regleringen återfinns även den i 2004 års direktiv. Beträffande dessa delar är skillnaderna mellan bestämmelserna i artikel 62.1 och 62.2 i LOU-direktivet och de i 2004 års direktiv mer distinkta. Som har framgått beskrivs numera mer detaljerat under vilka förutsättningar en leverantör kan använda sig av andra alternativ än de standarder som myndigheten har hänvisat till för att visa att leverantörens åtgärder överensstämmer med de som följer av standarden i fråga. Dessa mer detaljerade regler bör enligt utredningen återspeglas i de föreskrifter som genomför artikel 62.1 och 62.2 i LOU-direktivet. Av detta följer dock inte att bestämmelserna bör genomföras på ett sätt som principiellt skiljer sig från det tidigare. Enligt utredningen handlar det i stället om att utveckla de föreskrifter som finns i nuvarande 11 kap. 14 § andra stycket och 15 § andra stycket LOU.

Vad gäller bestämmelserna i den sista punkten i artikeln, artikel 62.3 i LOU-direktivet, bedömer utredningen att dessa inte bör genomföras genom särskilda föreskrifter om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder. Enligt utredningens mening uppnås syftet med regleringen genom de föreskrifter som genomför artikel 86 i LOU-direktivet (se avsnitt 12.5.3).

Sammanfattningsvis bör bestämmelserna om administrativt samarbete i artikel 62.3 i LOU-direktivet inte genomföras genom särskilda föreskrifter om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder. Bestämmelserna i övrigt i artikel 62 i LOU-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i den nya lagen om offentlig upphandling. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Egen försäkran och annan utredning avseende förhållanden hos leverantörer.

7.8 Utnyttjande av andra enheters kapacitet

7.8.1 Nuvarande ordning

Bestämmelserna som reglerar möjligheterna för en leverantör eller en grupp av leverantörer att åberopa andras kapacitet i fråga om ekonomisk och finansiell ställning och teknisk eller yrkesmässig kapacitet finns i 2004 års LOU-direktiv i artikel 47.2 och 47.3 och i artikel 48.3 och 48.4.

Av artikel 47.2 och artikel 48.3 i 2004 års direktiv framgår att möjligheterna att åberopa annans kapacitet inte är avhängigt den rättsliga arten av förbindelsen mellan leverantören och den vars kapacitet leverantören åberopar. Det följer vidare av punkterna att leverantören ska visa att denne förfogar över resurserna i fråga. Hur detta kan visas exemplifieras i punkterna. Exemplet beskrivs visserligen inte identiskt i de båda punkterna men kan ändå sammanfattas med att leverantören kan visa att denne förfogar över resurserna genom att åberopa ett åtagande av den vars kapacitet som åberopas och som innebär att nödvändiga resurser ställs till leverantörens förfogande.

Att det ovan sagda även gäller för en grupp av leverantörer både i förhållande till deltagande leverantörer i gruppen och andra följer av artikel 47.3 och artikel 48.4 i 2004 års direktiv.

De ovan behandlade bestämmelserna i 2004 års direktiv har genomförts genom nuvarande 11 kap. 12 § LOU. Genom paragrafen genomfördes både artikel 47.2 och artikel 48.3 i direktivet. Som framgår av förarbetena föranleddes placeringen av artiklarnas bestämmelser i en gemensam paragraf av synpunkter från Lagrådet (se prop. 2006/07:128 s. 401 och bilaga 14 till a.a. s. 632 f.). Regeringen hade vidare i lagrådsremissen föreslagit bestämmelser som skulle genomföra artikel 47.3 och artikel 48.4 i direktivet (se 11 kap. 10 § andra stycket och 11 kap. 13 § andra stycket i lagförslaget i lagrådsremissen i bilaga 13 till prop. 2006/07:128 s. 520 och 523). Med hänsyn till att definitionen av leverantör i lagen (nuvarande 2 kap 11 § LOU) skulle omfatta också grupper av leverantörer ansåg regeringen, och som Lagrådet även hade påpekat, att bestämmelserna i lagrådsremissen om tillgång till andra företags kapacitet som avsåg grupper av leverantörer var onödiga och kunde utgå (se prop. 2006/07:128 s. 401 och bilaga 14 till a.a. s. 633).

I avsnitt 10.2.1 redogör utredningen för viss EU-domstolspraxis som har betydelse även för möjligheterna att åberopa annans kapacitet.

7.8.2 LOU-direktivet

Möjligheterna för en leverantör att åberopa annans kapacitet berörs inte särskilt i skälen i LOU-direktivet. Bestämmelserna i ämnet har samlats i en artikel i LOU-direktivet, nämligen i artikel 63 under rubriken utnyttjande av andra enheters kapacitet. Artikeln är indelad i två punkter.

Bestämmelserna i artikel 63.1 första stycket i LOU-direktivet motsvarar de i artikel 47.2 och artikel 48.3 i 2004 års direktiv. Av punkten i LOU-direktivet följer dock att uppställda krav på viss kapacitet enbart kan uppfyllas om den eller de vars kapacitet som åberopas också utför tjänsterna eller byggentreprenaderna i fråga. Vilka dessa krav är följer av punktens hänvisning till bilaga XII till LOU-direktivet.

I artikel 63.1 andra stycket i LOU-direktivet klargörs att en upphandlande myndighet ska kontrollera de vars kapacitet som åberopas i enlighet med artiklarna 59–61 i direktivet. Stycket avslutas med bestämmelser om att en myndighet får begära att en leverantör byter ut den vars kapacitet som åberopas. Detta får göras om den vars kapacitet som åberopas av leverantören inte uppfyller ett ”relevant urvalskriterium” eller befinner sig i en sådan situation att det finns förutsättningar för uteslutning enligt de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Sist i stycket anges vidare att den upphandlande myndigheten ”får begära, eller får av medlemsstaterna åläggas att begära,” att en leverantör ”byter ut en enhet för vilken det föreligger icke-obligatoriska skäl för uteslutning”.

Av artikel 63.1 tredje stycket följer att en upphandlande myndighet får kräva att en leverantör och den vars kapacitet som åberopas ska vara solidariskt ansvariga för fullgörandet av kontraktet, om kapaciteten avser ekonomisk och finansiell ställning. Bestämmelsen får anses vara ett mer preciserat exempel än det som avslutar artikel 47.2 och artikel 48.3 i 2004 års direktiv där det i stället talas om åtagande. Bestämmelserna i 2014 och 2004 års direktiv är dock samtliga enbart exemplifierande och utesluter inte att andra krav ställs så länge de är i enlighet med upphandlingsregelverkets allmänna principer.

Artikeln avslutas med en bestämmelse om grupper av leverantörer, artikel 63.1 fjärde stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar de i artikel 47.3 och artikel 48.4 i 2004 års direktiv.

I artikel 63.2 i LOU-direktivet finns bestämmelser som medger att en upphandlande myndighet kräver att det är den leverantör

som har lämnat anbudet som ska utföra vissa kritiska uppgifter. Detta förutsätter att det rör sig om sådana typer av kontrakt som räknas upp i punkten, nämligen tjänstekontrakt eller bygg-entreprenadkontrakt. Möjligheten kan också utnyttjas för monterings- eller installationsarbeten inom ramen för ett varukontrakt. Det anges avslutningsvis att också detta regelverk kan tillämpas om leverantören är en grupp av leverantörer. Kravet kan då ställas på det sättet uppgifterna ska utföras av ”en deltagare i gruppen”. Huruvida myndigheten kan kräva att det ska vara en bestämd deltagare eller vilken som helst av deltagarna i gruppen är oklart.

7.8.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om grupper av leverantörer i artikel 63.1 fjärde stycket och 63.2 i LOU-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om utnyttjande av andra enheters kapacitet. Övriga bestämmelser om utnyttjande av andra enheters kapacitet i artikel 63 i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Allmänt om genomförandet

Artikeln om utnyttjande av andra enheters kapacitet, artikel 63 i LOU-direktivet, innehåller bestämmelser som rör flera olika moment under en upphandling. Enligt utredningens mening bör det därför övervägas om artikelns bestämmelser kan delas upp vid genomförandet och placeras där de hör hemma utifrån systematiken i den nya lagen om offentlig upphandling.

En analys av artikeln med den nya lagens systematik i åtanke ger vid handen att artikeln innehåller bestämmelser som hör hemma i kapitlena om allmänna bestämmelser, val av leverantörer, och egen försäkran och annan utredning avseende förhållanden hos leverantörer. En nödvändig konsekvens av att artikelns bestämmelser delas upp och vid genomförandet placeras i respektive kapitel är att föreskrifternas utformning inte blir särskilt direktivnära. Utform-

ningen av föreskrifterna måste med en sådan teknik i viss utsträckning styras av sammanhanget där de placeras.

Enligt utredningens mening är skälen för en uppdelning tungt vägande. En sammanhållen reglering i linje med utformningen i artikeln skulle vara svårplacerad i den nya lagen och skulle oavsett placering leda till en splittring av regelverket. Detta skulle bidra till att göra ett redan komplext regelverk ytterligare svåröverblickbart. Sammantaget anser utredningen sålunda att artikeln bör delas upp vid genomförandet på ovan antytt sätt trots de risker som följer av att föreskrifterna inte kan genomföras så direktivnära som hade varit önskvärt.

Byte av det företag som leverantören avser att utnyttja

Bestämmelserna i artikel 63.1 andra stycket i LOU-direktivet medger att en myndighet begär att en leverantör byter ut den vars kapacitet som åberopas. Enligt utredningens mening framstår dessa bestämmelser inte i alla delar som helt förenliga med upphandlingsregelverket i övrigt.

I fråga om kopplingen till grunderna för uteslutning faller sig regleringen naturlig. Den del av regleringen som utredningen däremot ställer sig tveksam till är den som medger att brister i fråga om tillämpliga krav för val av leverantörer kan åtgärdas genom att leverantören bereds möjlighet att åberopa något annat företags kapacitet än det företag vars kapacitet leverantören ursprungligen hade åberopat.

När det gäller följden av kopplingen till grunderna för uteslutning, så tycks den bli närmast densamma som när en upphandlande myndighet överväger att utesluta en leverantör. Som framgått (se avsnittet Möjligheter att åberopa motbevisning, när uteslutningsbeslut kan fattas och motivering av uteslutningsbeslut i avsnitt 7.2.3) bygger bestämmelserna om uteslutning bl.a. på förutsättningen att leverantören ska underrättas om att det har uppkommit en fråga om uteslutning och beredas möjlighet att innan beslut i frågan fattas förklara varför det inte finns skäl för uteslutning. Visserligen blir åtgärden i nu aktuell situation inte att leverantören ska uteslutas. Effekten blir i stället att leverantören inte kan tilldelas kontrakt då denne inte uppfyller tillämpliga krav för val av leverantörer. Med hänsyn till att det är samma grunder det rör sig om finns det likväl anledning att hantera situationerna likartat.

Om ett företag vars kapacitet åberopas inte uppfyller tillämpliga krav för val av leverantör, blir situationen en annan. Som framgått (se avsnitt 7.3.3) är utgångspunkten att en leverantörs kapacitet bedöms enligt det material som leverantören har lämnat in eller som finns tillgängligt för den upphandlande myndigheten. Uppfyller leverantören inte tillämpliga krav utifrån denna utredning, leder det typiskt sett till att leverantören inte kan tilldelas kontrakt. Bestämmelserna om komplettering, förtydligande och färdigställande av information och dokumentation som ska lämnas av leverantörer i en upphandling innebär inte att myndigheten så att säga lämnar ett förhandsbesked om hur valet av leverantörer kommer att utfalla och ger de som inte avser att väljas möjlighet att komplettera materialet för att tillämpliga krav ska uppfyllas (se avsnitt 6.3.3).

Vad motivet är till den i stycket närmast ovan beskriva ordningen är oklart. I EU-kommissionens förslag till direktiv (se artikel 62 i förslaget till nytt direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig) föreslogs inte någon sådana ordning inom ramen för bestämmelserna om utnyttjande av andra företags kapacitet. Såvitt utredningen har erfarit har bestämmelserna om utnyttjande av andra företags kapacitet i artikel 63 i LOU-direktivet hanterats som en av de artiklar som syftar till att minska kraven på information som ska lämnas av de leverantörer som lämnar anbud i en upphandling. Ett sådant minskat informationskrav antas vidare leda till ett bättre marknadstillträde för små och medelstora företag och nystartade företag (se EU-kommissionens förslag till direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig, motiveringen till förslaget, avsnitt 3, s. 11).

Sammanfattningsvis anser utredningen att det kan riktas invändningar emot artikel 63.1 andra stycket i LOU-direktivet på ovan angivet sätt. Dessa invändningar är dock inte av sådan karaktär att de allmänna riktlinjerna i avsnittet närmast ovan, Allmänt om genomförandet, inte bör följas. Även nu aktuella delar i artikel 63.1 andra stycket i direktivet bör sålunda genomföras i enlighet med vad som sägs i avsnittet Allmänt om genomförandet.

När det gäller sista meningen i artikel 63.1 andra stycket i LOU-direktivet, är utredningen osäker på innebörden. Oavsett vad som åsyftas med bestämmelsen i meningen, anser utredningen att bestämmelserna som medger att en upphandlande myndighet begär att en leverantör byter ut den vars kapacitet som åberopas om denne befinner sig en uteslutningsgrundande situation, bör genomföras på

följande sätt. En upphandlande myndighet *får* begära att en leverantör ska byta ut det företag vars kapacitet som åberopas om förhållandena vid företaget är sådana att någon av grunderna för uteslutning är uppfyllda i bestämmelserna om uteslutning på grund av brott, obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter och allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs.

Grupper av leverantörer

Som framgått bedömdes särskilda bestämmelser om grupper av leverantörer när det gäller utnyttjande av andra företags kapacitet som överflödiga vid genomförandet av 2004 års LOU-direktiv. Argumentet, att även en grupp av leverantörer är en leverantör enligt definition av leverantör, är av relevans även vid genomförandet av 2014 års direktiv.

Till ovan nämnda argument kan även läggas att det ter sig som oklart vad de särskilda bestämmelserna om grupper av leverantörer i artikel 63 i LOU-direktivet tillför vad gäller regelverkets tillämplighet när en grupp av leverantörer deltar i en upphandling. Mycket av det som kan uppnås genom reglerna om utnyttjande av andra företags kapacitet uppnås redan genom regleringen i artikel 19.2 i direktivet.

Vidare tycks bestämmelserna om byte av företag i artikel 63.1 andra stycket i LOU-direktivet bl.a. medföra att en myndighet kan ställa krav på att en leverantör i gruppen ska bytas ut. I vilken utsträckning en sådan konsekvens står i överensstämmelse med artikel 19.2 i direktivet är oklart. Regleringen i den punkten tycks utgå ifrån att det är likgiltigt vilken leverantör i gruppen som har erforderlig kapacitet och vilken som inte har det. Det primära är att gruppen som sådan uppfyller tillämpliga krav.

Mot denna bakgrund finns det inte anledning att genomföra de särskilda bestämmelserna om grupper av leverantörer i artikel 63 i LOU-direktivet. Om artikeln i nu aktuella avseenden, trots utredningens bedömning, genomförs, kan det göras genom följande föreskrift.

X § En grupp av leverantörer enligt Y §¹ kan åberopa kapaciteten hos deltagarna i gruppen eller andra företag enligt 73–76 §§.

En upphandlande myndighet får besluta att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av en av leverantörerna i gruppen, om kontraktet avser tjänstekontrakt, byggtreprenadkontrakt eller monterings- eller installationsarbeten inom ramen för ett varukontrakt.

Sammanfattande slutsatser

Bestämmelserna om grupper av leverantörer i artikel 63.1 fjärde stycket och 63.2 i LOU-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om utnyttjande av andra enheters kapacitet. Övriga bestämmelser i artikel 63 i LOU-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i den nya lagen om offentlig upphandling. Föreskrifterna bör placeras i olika kapitel i lagen enligt följande.

- Bestämmelserna om leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet (73 § i utredningens lagförslag) som genomför artikel 63.1 första stycket i LOU-direktivet bör placeras i kapitlet Val av leverantörer närmast efter bestämmelserna om krav för val av leverantörer som avser teknisk och yrkesmässig kapacitet (56 § i utredningens lagförslag).
- Bestämmelserna om utredning avseende andra företags kapacitet som en leverantör kan lämna in (74 § i utredningens lagförslag) som genomför artikel 63.1 första stycket i LOU-direktivet bör placeras i kapitlet Egen försäkran och annan utredning avseende förhållanden hos leverantörer närmast efter bestämmelserna om vad en sådan kontroll som avses i 68 § 6 i utredningens lagförslag ska utvisa (70 § i utredningens lagförslag).
- Bestämmelserna om de villkor som en upphandlande myndighet ska pröva innan den tilldelar ett kontrakt som genomför artikel 63.1 andra stycket i LOU-direktivet bör placeras i kapitlet Allmänna bestämmelser som tredje stycke i 49 § i utredningens lagförslag.
- Bestämmelserna om att en upphandlande myndighet får begära att en leverantör ska utnyttja andra företags kapacitet (75 § i utredningens lagförslag) som genomför artikel 63.1 andra stycket i LOU-direktivet bör placeras i kapitlet Egen försäkran och

¹ Bestämmelserna som genomför artikel 19.2 i LOU-direktivet.

annan utredning avseende förhållanden hos leverantörer närmast efter bestämmelserna om utredning avseende andra företags kapacitet som en leverantör kan lämna in (74 § i utredningens lagförslag).

- Bestämmelserna om krav för hur ett kontrakt ska fullgöras om andra företags kapacitet utnyttjas (76 § i utredningens lagförslag) som genomför artikel 63.1 tredje stycket och artikel 63.2, i de del som inte rör grupper av leverantörer, i LOU-direktivet bör placeras i kapitlet Egen försäkran och annan utredning avseende förhållanden hos leverantörer närmast efter bestämmelserna om att en upphandlande myndighet får begära att en leverantör ska utnyttja andra företags kapacitet (75 § i utredningens lagförslag).

7.9 Officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga organ

7.9.1 Nuvarande ordning

I artikel 52 i 2004 års LOU-direktiv finns bestämmelser om officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga organ. Av artikel 52.1 första stycket i 2004 års direktiv följer att medlemsstaterna får välja om regleringen i artikeln ska genomföras enligt någon av metoderna officiella förteckningar eller certifiering. Oavsett om någon av metoderna genomförs eller ej, erfordrar dock artikel 52.3 i direktivet att de nationella bestämmelserna inte hindrar att en leverantör som är registrerad eller innehar ett certifikat i enlighet med artikelns krav åberopar registreringen eller certifikatet.

Artikeln har genomförts genom nuvarande 11 kap. 16 § LOU. Av paragrafen följer att Sverige enbart har genomfört artikel 52.3 i 2004 års direktiv. Sverige har således inte infört något system med registrering eller certifiering. Av förarbetena (se prop. 2006/07:128 s. 403–404) framgår att Sverige då inte hade genomfört tidigare direktivs bestämmelser om system med officiella förteckningar eller certifiering genom certifieringsorgan och att det vid den aktuella tidpunkten för genomförandet av 2004 års direktiv alltså bedömdes inte finnas något behov av sådana system.

7.9.2 LOU-direktivet

Bestämmelser som motsvarar de i artikel 53 i 2004 års LOU-direktiv finns i artikel 64 i LOU-direktivet. Liksom i 2004 års direktiv kan medlemsstaterna enligt artikel 64.1 i LOU-direktivet välja om de vill införa ett system med officiella förteckningar eller certifiering genom certifieringsorgan. I artikel 64.4 i LOU-direktivet finns en bestämmelse som motsvarar den i artikel 52.3 i 2004 års direktiv.

7.9.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga organ i artikel 64.1–3 och 64.5–8 i LOU-direktivet bör inte genomföras i svensk rätt. Bestämmelserna i artikel 64.4 i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Såvitt utredningen kan bedöma finns det inte heller i dag något behov av att i Sverige införa nationella system med officiella förteckningar eller certifiering genom certifieringsorgan. Genomförandet av artikel 64 i LOU-direktivet kan sålunda begränsas till punkten 4. Paragrafen som genomför artikel 64.4 i direktivet kan utformas med nuvarande 11 kap. 16 § LOU som förebild.

Sammanfattningsvis bör alltså bestämmelserna om officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga organ i artikel 64.1–3 och 64.5–8 i LOU-direktivet inte genomföras i svensk rätt. Bestämmelserna i artikel 64.4 i LOU-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i den nya lagen om offentlig upphandling. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Egen försäkran och annan utredning avseende förhållanden hos leverantörer.

8 Kvalificering och urvalsbedömning enligt LUF-direktivet

8.1 Inledning

I underavsnittet om kvalificering och urvalsbedömning i LUF-direktivet finns fem av de artiklar som omfattas av utredningens uppdrag. Dessa fem artiklar reglerar följande områden:

- kvalificeringssystem (artikel 77 i LUF-direktivet),
- kvalitativa urvalskriterier (artikel 78 i LUF-direktivet),
- utnyttjande av andra enheters kapacitet (artikel 79 i LUF-direktivet),
- tillämpning av skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med direktiv 2014/24/EU (artikel 80 i LUF-direktivet), och
- kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder (artikel 81 i LUF-direktivet).

8.2 Kvalificeringssystem

8.2.1 Nuvarande ordning

Frågan om kvalificeringssystem berörs i 2004 års LUF-direktiv i skäl 51. I skälets andra stycke framhålls att kvalificeringen till ett kvalificeringssystem ska bygga på objektiva regler och kriterier. Bestämmelserna om kvalificeringssystem finns i artikel 53 i 2004 års direktiv. Artikelns är indelad i nio punkter.

Hur artikeln har genomförts i svensk rätt framgår av prop. 2006/07:128 s. 529–536. Bestämmelser om kvalificeringssystem finns i nuvarande 11 kap. 2–7 §§ LUF.

8.2.2 LUF-direktivet

I LUF-direktivet berörs inte bestämmelserna om kvalificeringssystem särskilt i skälen. Bestämmelserna finns i artikel 77 i LUF-direktivet. Artikeln är indelad i sex punkter.

8.2.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om kvalificeringssystem i artikel 77.6 i LUF-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om proportionalitet vid eventuella avgiftsuttag. Övriga bestämmelser i artikel 77 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Artikel 77 i LUF-direktivet är visserligen inte identisk med motsvarande artikel i 2004 års direktiv, artikel 53 i 2004 års LUF-direktiv. Enligt utredningens mening finns det dock motsvarigheter till samtliga bestämmelser i artikel 77 i LUF-direktivet i artikel 53 i 2004 års direktiv med ett undantag. Det finns nämligen inte någon motsvarighet till artikel 77.6 i LUF-direktivet i artikel 53 i 2004 års direktiv. Övriga bestämmelser i artikel 77 i LUF-direktivet bör sålunda kunna genomföras med bestämmelserna i nuvarande 11 kap. 2–7 §§ LUF som förebilder.

Vad gäller bestämmelserna i artikel 77.6 i LUF-direktivet bör noteras att de inte ger en upphandlande enhet någon rätt att ta ut en avgift. Frågan om rätten att ta ut avgifter synes sålunda inte ha reglerats av EU-lagstiftaren. Huruvida en sådan rätt finns får alltså avgöras med tillämpning av nationella bestämmelser. Mot denna bakgrund ter sig bestämmelserna i artikel 77.6 i LOU-direktivet som tämligen innehållslösa. Ett uttag av oproportionerliga avgifter får nämligen anses strida mot proportionalitetsprincipen oavsett regleringen i artikeln. Dessutom kan det antas att ett sådant uttag

riskerar att strida mot även principen om icke-diskriminering. Slutligen bör även uppmärksammas att en tillämpning av bestämmelserna som de har utformats i artikeln, kan leda till konflikter i fråga om de krav som följer av proportionalitetsprincipen i allmänhet. Regleringen i artikeln synes nämligen inte ställa någon krav på att själva utformningen av systemet ska vara motiverat för att uppnå ändamålet med kvalificeringssystemet. Det tycks alltså enligt artikeln inte finnas något hinder mot att skapa ett system vars drift leder till omotiverat höga kostnader som täcks av avgifter som i och för sig står i proportion till kostnaderna för driften. Sammantaget anser utredningen att omständigheterna ovan utgör vägande skäl för att inte låta artikel 77.6 i LUF-direktivet få någon ordagrann motsvarighet i de föreskrifter som genomför artikel 77 i LUF-direktivet.

Sammanfattningsvis anser utredningen att bestämmelserna i artikel 77.6 i LUF-direktivet inte bör genomföras genom särskilda föreskrifter om proportionalitet vid eventuella avgiftsuttag. Övriga bestämmelser i artikel 77 i LUF-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Val av leverantörer.

Om bestämmelserna om proportionalitet vid eventuella avgiftsuttag i artikel 77.6 i LUF-direktivet genomförs genom särskilda föreskrifter, trots utredningens bedömning ovan, så kan föreskrifterna utformas enligt följande.

Avgifter för deltagande i ett kvalificeringssystem

X § En upphandlande enhet får ta ut avgifter från leverantörer för att de ska få delta i ett kvalificeringssystem. Sådana avgifter får tas ut

1. när en leverantör ansöker om att bli kvalificerad att delta i kvalificeringssystemet,
2. när kvalificeringssystemet uppdateras enligt 43 § fjärde stycket, eller
3. för bevarande av en kvalificering att delta i kvalificeringssystemet som redan har beviljats.

Avgifterna enligt första stycket ska stå i proportion till de kostnader som driften av kvalificeringssystemet medför.

8.3 Kvalitativa urvalskriterier

8.3.1 Nuvarande ordning

I skäl 50 i 2004 års LUF-direktiv berörs vissa allmänna utgångspunkter för tillämpningen av kriterierna för urval. I skälet anges därvid att urvalskriterier i ett öppet förfarande ska fastställas enligt objektiva regler och kriterier precis som urvalskriterierna vid selektiva eller förhandlade förfaranden bör vara objektiva. Det anges vidare att detta nödvändigtvis inte innebär att viktning måste ske.

Bestämmelserna om kvalitativa urvalskriterier finns i artikel 54 i LUF-direktivet. Artikel 54 är indelad i sex punkter. De tre första punkterna innehåller allmänna bestämmelser om krav för val av leverantörer, uteslutning av leverantörer och minskning av antalet anbudssökande.

Artikel 54.1–3 har genomförts i svensk rätt genom nuvarande 11 kap. 8–10 §§ LUF. Övervägandena beträffande genomförandet finns i prop. 2006/07:128 s. 536–538.

8.3.2 LUF-direktivet

Skäl 92 i LUF-direktivet inleds med att så långt det är förenligt med behovet av att säkerställa god affärssed och samtidigt medge största möjliga flexibilitet bör det vara möjligt att tillämpa LOU-direktivets bestämmelser om krav som gäller ekonomisk och finansiell kapacitet samt skriftliga bevis. Av skälet framgår sålunda indirekt en av de grundläggande skillnaderna mellan regelverken i LUF-direktivet och LOU-direktivet. Skillnaden består i att LUF-direktivet lämnar ett större handlingsutrymme åt den som ska upphandla. Skälet avslutas med att upphandlande enheter som väljer att tillämpa de urvalskriterier som följer av LOU-direktivet ska vara skyldiga att tillämpa vissa andra bestämmelser om framförallt taket för krav på en minsta omsättning samt om användning av det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet.

I artikel 78.1 finns grundläggande bestämmelser om att den upphandlande enheten får fastställa objektiva regler och kriterier för uteslutande och val av leverantörer. Det framgår vidare av punkten att dessa regler och kriterier ska tillhandahållas de berörda leverantörerna.

I den andra och avslutande punkten, artikel 78.2 i LUF-direktivet, finns bestämmelser om minskning av antalet anbudssökande.

8.3.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om kvalitativa urvalskriterier i artikel 78 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Bestämmelserna i artikel 78 i LUF-direktivet motsvarar, om än inte ordagrant, de i artikel 54.1–3 i 2004 års direktiv. I ljuset av uttalandena i skäl 92 i LUF-direktivet kan det möjligen påstås att det enligt 2014 års direktiv är tydligare att regleringen för försörjningssektorerna är mer flexibel än regelverket för offentlig upphandling. Det är dock ingen förändring av det som redan gäller i dag enligt 2004 års LUF-direktiv och de nationella bestämmelser som genomför det direktivet.

De bestämmelser som motsvarar de i artikel 54.1 och 54.2 i 2004 års direktiv finns i artikel 78.1 i LUF-direktivet. Skillnaden i förhållande till reglerna i 2004 års direktiv är att bestämmelserna i artikel 78.1 i LUF-direktivet gäller för samtliga förfaranden. Det har sålunda inte gjorts någon uppdelning mellan bestämmelser för de olika förfarandena på samma sätt som i artikel 54.1 och 54.2 i 2004 års direktiv.

De skillnader som föreligger mellan artikel 78.2 i LUF-direktivet och artikel 54.3 i 2004 års direktiv är endast ett resultat av att regelverket för försörjningssektorerna har tillförts ytterligare två tvåstegsförfaranden, nämligen konkurrenspräglad dialog och innovationspartnerskap.

Mot denna bakgrund bedömer utredningen att artikel 78 i LUF-direktivet kan genomföras med bestämmelserna i nuvarande 11 kap. 8–10 §§ LUF som förebilder.

När det gäller ett genomförande i linje med nuvarande 11 kap. 8–10 §§ LUF bör noteras att grunderna för uteslutning inte tycks ha behandlats som kvalitativa urvalskriterier i den mening begreppet har i 2004 års direktiv. Principen för kvalitativa urvalskriterier i artikel 54 i 2004 års LUF-direktiv är den att en upphandlande enhet får uppställa de kriterier den finner lämpliga så länge en tillämpning av dem inte strider mot de allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. Detta gäller såvitt framgår av artikeln både för ute-

slutning och val av leverantörer. Regleringen utesluter således inte att andra kriterier än de som följer av 2004 års LOU-direktiv tillämpas för uteslutning och val av leverantörer. Av förarbetena framgår tydligt att det ovan sagda gäller för kriterier som tillämpas för val av leverantörer (prop. 2006/07:128 s. 536). För uteslutning tycks däremot denna möjlighet inte föreligga. Grunder för uteslutning kan således endast vara de som regleras i nuvarande 10 kap. LUF.

Artikel 78 i LUF-direktivet bör tolkas på samma sätt som utredningen har tolkat artikel 54 i 2004 års direktiv i stycket närmast ovan. Frågan blir därmed om metoden för genomförande av regelverket i fråga behöver modifieras något. Med utredningens ovan gjorda tolkning framstår ju de svenska regler som genomför artikel 54 i 2004 års direktiv som något mer strikta än vad artikeln kräver. Varken 2004 års eller 2014 års LUF-direktiv torde dock hindra en sådan striktare ordning. Såvitt utredningen kan bedöma synes det i tillämpningen inte heller finnas något behov av att genomföra 2014 års bestämmelser på något annat sätt. Bestämmelserna i artikel 78 i LUF-direktivet bör således genomföras även i det nu aktuella hänseendet på samma sätt som motsvarande bestämmelser i artikel 54 i 2004 års direktiv.

Sammanfattningsvis ska alltså artikel 78 i LUF-direktivet genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Val av leverantörer.

8.4 Utnyttjande av andra enheters kapacitet

8.4.1 Nuvarande ordning

Möjligheterna för en leverantör att åberopa andra leverantörers kapacitet behandlas i skäl 51 i 2004 års LUF-direktiv. Av skälet framgår att en leverantör kan åberopa ekonomiska, finansiella och tekniska resurser hos en annan leverantör för att uppfylla urvalskriterier eller kriterier för kvalificering till ett kvalificeringssystem.

Bestämmelserna om möjligheter att åberopa andra leverantörers kapacitet finns i artikel 53.4 och 53.5 och artikel 54.5 och 54.6 i 2004 års direktiv. Regleringen är sålunda inte samlad i en artikel utan återfinns i artiklarna om kvalificeringssystem och om kvalitativa urvalskriterier.

Ovan nämnda punkter har genomförts i svensk rätt genom nuvarande 11 kap. 5 § och 8 § andra stycket LUF. Direktivets uppdelning av regelverket synes alltså ha fått genomslag även i den svenska regleringen. Överväganden beträffande genomförandet finns i prop. 2006/07:128 s. 534–537. Av dessa förarbeten framgår att Lagrådet dock ansåg att bestämmelserna om att en leverantör skulle ha rätt att åberopa annans kapacitet borde kunna samlas i en bestämmelse (bilaga 14 till prop. 2006/07:128 s. 635). Enligt regeringen motiverade uppdelningen i nuvarande 11 kap. LUF mellan bestämmelser om kvalificeringssystem och om kvalitativa urvalskriterier att även de av Lagrådet berörda bestämmelserna delades upp (prop. 2006/07:128 s. 537).

8.4.2 LUF-direktivet

I LUF-direktivet behandlas möjligheterna för en leverantör att åberopa andra leverantörers kapacitet inte särskilt i skälen. Till skillnad mot bestämmelserna i 2004 års direktiv har de i 2014 års direktiv samlats i en artikel, nämligen artikel 79 i LUF-direktivet. Artikel 79 är indelad i tre punkter.

Artikel 79.1 och 79.2 i LUF-direktivet är snarlika. Skillnaden dem emellan är att den förra gäller för kvalificering till ett kvalificeringssystem och den senare gäller för uppfyllande av krav för val av leverantörer i de olika upphandlingsförfarandena.

När det gäller utformningen av punkterna ett och två, kan noteras att det inledningsvis i båda anges att de gäller när de ”objektiva reglerna och kriterierna för uteslutande och urval av ekonomiska aktörer” ska uppfyllas. Båda punkterna synes sålunda utgå ifrån att en leverantör som ska eller bör uteslutas skulle kunna undvika detta genom att åberopa förhållandena hos en annan leverantör.

Bestämmelserna i artikel 79.3 i LUF-direktivet begränsar en leverantörs möjlighet att åberopa andra leverantörers kapacitet under vissa omständigheter. Huruvida bestämmelserna i denna punkt gäller i de situationer som avses i artikel 79.1 och 79.2 i LUF-direktivet eller om den avser villkor för fullgörande av kontrakt är oklart.

8.4.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om utnyttjande av andra enheters kapacitet i artikel 79 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

En gemensam bestämmelse om en leverantörs rätt att åberopa andra företags kapacitet?

Att bestämmelserna om utnyttjande av andra leverantörers kapacitet nu har samlats i en artikel i LUF-direktivet bör också återspeglas vid genomförandet av artikeln. Det innebär att föreskrifterna som genomför artikel 79 i LUF-direktivet bör samlas i ett avsnitt i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Detta görs lämpligen under rubriken Leverantörer och andra företags kapacitet.

Att bestämmelserna bör placeras i ett och samma avsnitt i den nya lagen innebär dock inte att bestämmelserna om en leverantörs rätt att åberopa andra leverantörers kapacitet ska samlas i en bestämmelse. Som framgår av artikeln är regleringen alltså uppdelad. Artikel 79.1 i LUF-direktivet gäller för kvalificering till ett kvalificeringssystem och artikel 79.2 i LUF-direktivet för uppfyllande av krav för val av leverantörer i de olika upphandlingsförfarandena. Enligt utredningens mening finns det ingen anledning att denna uppdelning inte bör återspeglas i avsnittet i fråga i den nya lagen.

Uteslutningsgrunder och andra företags kapacitet

En tolkning av artikel 79.1 och 79.2 i LUF-direktivet enligt dess ordalydelse kan, som framgått i avsnitt 8.4.2 ovan, ge sken av att en leverantör som en upphandlande enhet avser att utesluta skulle kunna undvika detta genom att åberopa förhållanden hos andra leverantörer. Detta kan dock knappast ha varit EU-lagstiftarens avsikt. En sådan tillämpning av bestämmelserna om uteslutning skulle enligt utredningens mening strida mot uteslutningsregleringens grunder. Det kan vidare noteras att de förhållanden

som kan åberopas hos en annan leverantör beskrivs i båda punkterna som gällande krav avseende leverantörers ekonomiska och finansiella kapacitet eller tekniska och yrkesmässiga kapacitet. I punkterna nämns sålunda inte några specifika utslutningsgrunder utan enbart olika krav för val av leverantörer.

Artikel 79.3 i LUF-direktivet – bestämmelser om kvalificering och val av leverantörer eller villkor för fullgörande av kontrakt?

Som framgått ovan i avsnitt 8.4.2 följer det inte entydigt av utformningen av artikel 79.3 i LUF-direktivet vad tillämpningsområdet för den artikeln bör vara. Frågan är om en upphandlande enhet med stöd av artikel 79.3 i LUF-direktivet kan tillämpa ett krav för kvalificering till ett kvalificeringssystem eller för val av leverantörer som innebär att vissa uppgifter ska utföras direkt av den leverantör eller av en av deltagarna i den grupp av leverantörer som lämnar ett anbud. Svaret är enligt utredningen inte givet.

Enligt utredningen bör man ta fasta på ordvalet i artikel 79.3 i LUF-direktivet. I punkten används ett begrepp som talar för att bestämmelserna inte ska vara tillämpliga i de situationer som avses i artikel 79.1 och 79.2 i LUF-direktivet. Av punkten följer att när det gäller kontrakt av visst slag får den upphandlande enheten kräva att vissa uppgifter ska ”utföras” av anbudsgivaren. Användningen av verbet utföra tyder enligt utredningens mening närmast på att det rör sig om villkor för kontraktets fullgörande. Mot denna bakgrund anser utredningen att artikel 79.3 i LUF-direktivet inte är tillämplig i sådana situationer som avses i artikel 79.1 och 79.2 i samma direktiv. Artikeln får i stället anses innehålla bestämmelser om villkor som kan ställas på fullgörandet av ett kontrakt.

Sammanfattande slutsatser

Bestämmelserna i artikel 79 i LUF-direktivet bör genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Val av leverantörer.

8.5 Tillämpning av skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med direktiv 2014/24/EU

8.5.1 Nuvarande ordning

Kopplingen mellan 2004 års upphandlingsdirektiv i fråga om kvalitativa urvalskriterier berörs i skäl 54 i 2004 års LUF-direktiv. I skälets inledning betonas vikten av att leverantörer som har dömts för viss brottslighet inte tilldelas kontrakt. Det förklaras vidare att det är lämpligt att upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter bör kunna avgöra själva om de ska tillämpa grunderna för uteslutning i 2004 års LOU-direktiv. Enligt skälet motiveras detta av att sådana enheter kanske inte har tillgång till ovedersägliga bevis i sådana frågor. Upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter bör däremot vara skyldiga att tillämpa de obligatoriska grunderna för uteslutning enligt artikel 45.1 i 2004 års LOU-direktiv. I skälet utvecklas vidare bl.a. hur frågor om uteslutningsgrunder bör utredas.

I artikel 53.3 och artikel 54.4 i 2004 års LUF-direktiv finns uttryckliga hänvisningar till artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv. Av artiklarna framgår att en upphandlande enhet får utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling. Om den upphandlande enheten också är en upphandlande myndighet, är den däremot skyldig att utesluta en leverantör enligt de obligatoriska uteslutningsgrunderna i artikel 45.1 i 2004 års LOU-direktiv.

I 2004 års LUF-direktiv finns inte någon uttrycklig hänvisning till bestämmelserna om val av leverantörer i 2004 års LOU-direktiv (se även avsnitt 8.3.1).

Bestämmelserna om uteslutning av leverantörer har genomförts genom bestämmelserna i nuvarande 10 kap. LUF. Uteslutningsgrunderna framgår direkt av kapitlet till skillnad mot 2004 års LUF-direktiv som ju enbart hänvisar till grunderna för uteslutning i artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv.

När det gäller en upphandlande enhets kontroll av om leverantörer uppfyller tillämpliga krav för val av leverantörer, kan noteras att det sedan juli 2010 har funnits en bestämmelse om begränsad kontroll i nuvarande 11 kap. 13 § LUF. Bakgrunden till regleringen behandlas i avsnitt 7.4.1.

8.5.2 LUF-direktivet

I skälen i LUF-direktivet hänvisas till LOU-direktivet såvitt gäller både krav för val av leverantörer och uteslutning av leverantörer. Det skäl som berör kopplingen till LOU-direktivet i fråga om krav för val av leverantörer, skäl 92 i LUF-direktivet, är kortfattat och har behandlats ovan (se avsnitt 8.3.2). Frågan om uteslutning av leverantörer och kopplingen till LOU-direktivet behandlas däremot betydligt utförligare i skälen, skälen 105–107 i LUF-direktivet.

Skäl 105 i LUF-direktivet kan sägas motsvara skäl 54 första stycket i 2004 års LUF-direktiv. I båda skälen uttrycks principen att en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet *ska* tillämpa de obligatoriska uteslutningsgrunderna som gäller vid offentlig upphandling. I övrigt *får* en upphandlande enhet tillämpa såväl de obligatoriska som de fakultativa grunderna.

Skälen 105–107 i LUF-direktivet motsvarar vidare skälen 100–102 i LOU-direktivet. Förutom den ovan beskrivna skillnaden i tillämpningen beroende på huruvida det rör sig om en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet, är skälen i de båda direktiven närmast identiska. Den enda markanta skillnaden gäller uttalandena beträffande s.k. efterlevnadsåtgärder i skäl 107 i LUF-direktivet och skäl 102 i LOU-direktivet.

I skäl 107 i LUF-direktivet anges att när en upphandlande enhet tillämpar LOU-direktivets uteslutningsgrunder ska den också tillämpa det direktivet i fråga om leverantörens möjligheter att vidta efterlevnadsåtgärder för att avhjälpa konsekvenserna av brott eller fel eller för att effektivt förhindra att de upprepas. Skäl 102 i LOU-direktivet inleds visserligen på samma sätt. Efter inledningen följer dock en relativt utförlig redogörelse av bl.a. vilka åtgärder som kan vara lämpliga.

Bestämmelserna med hänvisningar till LOU-direktivet finns i artikel 80 i LUF-direktivet under rubriken ”Tillämpning av skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med direktiv 2014/24/EU”. Artikeln är indelad i tre punkter.

Artikel 80.1 första stycket i LUF-direktivet inleds på samma sätt som artikel 79.1 och 79.2 i samma direktiv. Grunderna för att utesluta en leverantör enligt artikel 57 i LOU-direktivet tycks sålunda vid en ytlig betraktelse kunna användas för kvalificering till kvalificeringssystem, val av leverantörer och uteslutning av leverantörer från att delta i kvalificeringssystem och upphandlingar.

Av 80.1 andra stycket i LUF-direktivet framgår att en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet *ska* tillämpa de obligatoriska uteslutningsgrunderna i LOU-direktivet. I artikel 80.1 tredje stycket i LUF-direktivet finns vidare en bestämmelse som tycks komplettera regleringen i andra stycket. Såvitt utredningen förstår innebär bestämmelsen i tredje stycket att medlemsstaterna får föreskriva att en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska tillämpa de fakultativa bestämmelserna i artikel 57.4 i LOU-direktivet som obligatoriska uteslutningsgrunder. Med tanke på att medlemsstaterna har samma möjlighet enligt LOU-direktivet att göra de fakultativa uteslutningsgrunderna till obligatoriska, framstår utredningens ovan gjorda tolkning som rimlig.

I artikel 80.2 i LUF-direktivet anges att en upphandlande enhet får tillämpa LOU-direktivets bestämmelser om krav för val av leverantörer, artikel 58 i LOU-direktivet.

I den sista punkten i artikeln, artikel 80.3 i LUF-direktivet, anges, att när en upphandlande enhet tillämpar sådana uteslutningsgrunder och krav för val av leverantörer som avses i artikel 80.1 och 80.2 i LUF-direktivet, ska också vissa i punkten uppräknade artiklar i LOU-direktivet tillämpas. Uppräkningen består av artiklarna 59–61 i LOU-direktivet. I dessa finns bestämmelser om europeiskt enhetligt upphandlingsdokument (artikel 59), bevismedel (artikel 60) och online-verktyg för tillhandahållande av intyg och certifikat (e-Certis) (artikel 61). Hur dessa artiklar i LOU-direktivet bör genomföras behandlas i avsnitten 7.4–7.6.

8.5.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om tillämpning av skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med direktiv 2014/24/EU i artikel 80 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag. Bestämmelsen i artikel 80.1 tredje stycket i LUF-direktivet som medger att grunderna för uteslutning i artikel 57.4 i LOU-direktivet görs till obligatoriska grunder bör dock inte utnyttjas.

Skälen för utredningen förslag

Bestämmelser om uteslutning och val av leverantörer i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Som utredningen konstaterat ovan i avsnitt 8.3.3 synes det svenska genomförandet av bestämmelserna om uteslutning och val av leverantörer i 2004 års LUF-direktiv innebära att det finns vissa skillnader i fråga om handlingsutrymmet för en upphandlande enhet när den tillämpar de svenska reglerna. De svenska bestämmelserna i nuvarande lag om upphandling inom försörjningssektorerna tycks inte medge att andra kriterier än de som följer av nuvarande lag om offentlig upphandling tillämpas för uteslutning. För kriterier som tillämpas för val av leverantörer medger dock nuvarande lag om upphandling inom försörjningssektorerna att andra kriterier tillämpas. Utredningen har, som framgått i avsnitt 8.3.3, inte anledning att nu genomföra LUF-direktivet på något annat sätt. Av detta följer att den beskrivna skillnaden mellan bestämmelserna om uteslutning och val av leverantörer kommer att bestå i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Denna skillnad mellan bestämmelserna om uteslutning och val av leverantörer påverkar hur den nu aktuella artikeln, artikel 80 i LUF-direktivet, bör genomföras i övrigt.

Enligt utredningen ter det sig naturligt att lösa genomförandet av bestämmelserna om uteslutning i artikel 80.1 i LUF-direktivet på samma sätt som det har lösts i nuvarande lag av motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv. Det innebär att det även i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör finnas ett kapitel om uteslutning av leverantörer som innehåller grunderna för uteslutning. Att en sådan teknik för genomförandet hittills inte tycks ha rest några invändningar är givetvis ett skäl för att inte nu ändra teknik.

Enligt utredningen finns det även systematiska skäl för att hålla fast vid ordningen. Som utredningen har konstaterat innebär den svenska genomförandemetoden att grunderna för uteslutning regleras uttömmande i författning. Att några andra grunder än de särskilt reglerade inte kan göras gällande motiverar att bestämmelserna kommer till direkt uttryck i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En hänvisningsteknik med LUF-direktivet som förebild framstår mot denna bakgrund som otillfredsställande.

Vad avser bestämmelserna om val av leverantörer i artikel 80.2 i LUF-direktivet, finns det ett argument som talar för att genomförandet bör lösas med en annan teknik än den i stycket ovan. Som utredningen konstaterat hindrar LUF-direktivet inte att en upphandlande enhet tillämpar andra krav för val av leverantörer än de som regleras i LOU-direktivet. En uppräkningslista av dessa krav efter mönster i den nya lagen om offentlig upphandling skulle således inte vara att anse som uttömmande i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. I den nya lagen för försörjningssektorerna skulle det således bli nödvändigt att på något sätt markera att även andra krav kan tillämpas för val av leverantörer.

Från lagtekniska utgångspunkter skulle det visserligen vara fullt möjligt att hantera ett genomförande där det markeras att även andra krav än de uppräknade kan tillämpas. Det skulle dock knappast gå att lösa på något annat sätt än att de krav som härrör från LOU-direktivet skulle hamna i förgrunden. Den flexibilitet som framhålls i skäl 92 (se avsnitt 8.3.3) skulle därmed riskera att skymmas av att det i lagtexten i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna skulle finnas förhållandevis detaljerade bestämmelser om sådana krav för val av leverantörer som motsvarar de i den nya lagen om offentlig upphandling. Med LUF-direktivets hänvisningsteknik får det anses tydligare att varje upphandlande enhet har ett handlingsutrymme när tillämpliga krav ska bestämmas. Utredningen anser därför att bestämmelserna om val av leverantörer i artikel 80.2 i LUF-direktivet bör genomföras genom att det i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna hänvisas till motsvarande bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling.

Bestämmelser om kontrollen av förutsättningar för uteslutning och val av leverantörer

Bestämmelserna om hur en leverantör bör kontrolleras med avseende på skäl för uteslutning och uppfyllande av krav för val av leverantörer i artikel 80.3 i LUF-direktivet bör genomföras på samma sätt som bestämmelserna i artikel 80.2 i LUF-direktivet, dvs. genom en hänvisning till aktuella bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling.

Reglerna är visserligen tillämpliga vid kontroll av förutsättningar för både uteslutning och val av leverantör. Reglerna är emellertid i fråga om ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet förhållandevis detaljerade. Att föra in sådana bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna är uteslutet med den genomförandemetod utredningen har valt för artikel 80.2 i LUF-direktivet. Det framstår inte heller som något lämpligt alternativ att genomföra regelverket om kontroll som artikel 80.3 i LUF-direktivet hänvisar till på olika sätt. Sammantaget anser utredningen sålunda att även kontrollbestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling får göras tillämpliga genom en hänvisning i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

När det gäller behovet av en bestämmelse i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna som motsvarar nuvarande 11 kap. 13 § LUF, finns det ingen anledning att bedöma det på något annat sätt än motsvarande fråga beträffande den nya lagen om offentlig upphandling (se avsnitt 7.4.3). Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör således inte innehålla någon direkt motsvarighet till nuvarande 11 kap. 13 § LUF. Om det likväl skulle anses finnas ett behov av en bestämmelse av det sistnämnda slaget i den nya lagen, så kan en sådan utformas med det alternativa lagförslaget i avsnitt 7.4.3 som förebild.

Närmare om genomförandet av bestämmelserna om uteslutning av leverantörer

Utredningen har ovan framhållit att inledningen i artikel 80.1 i LUF-direktivet vid en ytlig betraktelse synes ge stöd för att grunderna för uteslutning i LOU-direktivet kan användas även för kvalificering till ett kvalificeringssystem och val av leverantörer enligt LUF-direktivet. Utredningen utgår dock från att det knappast kan ha varit avsikten med formuleringen. Artikel 80.1 i LUF-direktivet får således anses innehålla enbart bestämmelser om uteslutning av leverantörer.

När det gäller den närmare strukturen på regelverket för uteslutning av leverantörer i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna anser utredningen att rubrikerna bör återspegla om paragraferna rör obligatoriska eller fakultativa grunder för uteslutning av leverantörer. I nämnda lag görs det lämpligen på

samma sätt som i nuvarande 10 kap. LUF. Paragraferna som innehåller bestämmelserna om de obligatoriska uteslutningsgrunderna bör alltså föregås av rubriken Omständigheter som ska medföra uteslutning av leverantörer. Paragraferna som innehåller bestämmelserna om de fakultativa uteslutningsgrunderna bör vidare föregås av rubriken Omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer.

Enligt utredningen hade visserligen en användning av rubriker som motsvarar den i den nya lagen om offentlig upphandling varit att föredra. Som framgår av utredningens förslag till bestämmelser om uteslutning av leverantörer i den lagen, används rubrikerna ”Brott”, ”Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter” och ”Allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs”. En sådan rubricering bidrar till att grunderna för uteslutning blir ett tydligare tema när en leverantörs lämplighet prövas. En rubrik som anger att det rör sig om grunder som *får* leda till uteslutning kan riskera att nedvärdera betydelsen av brister av sådant slag hos en leverantör. Samtidigt skulle en rubriceringsteknik av det nämnda slaget troligen leda till en mer omfattande reglering i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Rubrikerna till regleringen kan nämligen inte bestämmas enbart med hänsyn till hur bristerna för beskrivas utan hänsyn måste även tas till att grundernas karaktär som obligatoriska eller fakultativa är avhängiga huruvida det rör sig om en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet eller om en upphandlande enhet. Mot denna bakgrund förefaller sålunda alternativet att bestämma rubrikerna på regelverkets olika delar med nuvarande 10 kap. LUF som förebild som det mest lämpliga.

Enligt utredningens bedömning finns det ingen anledning att utnyttja möjligheten i artikel 80.1 tredje stycket i LUF-direktivet att genomföra ytterliga uteslutningsgrunder som obligatoriska uteslutningsgrunder.

Sammanfattande slutsatser

Bestämmelserna om tillämpning av skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med direktiv 2014/24/EU i artikel 80 i LUF-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelsen i artikel 80.1 tredje stycket i

LUF-direktivet som medger att grunderna för uteslutning i artikel 57.4 i LOU-direktivet görs till obligatoriska grunder bör dock inte utnyttjas. Föreskrifterna som genomför artikel 80 i LUF-direktivet bör placeras i olika kapitel i lagen enligt följande.

- Bestämmelserna om uteslutning av en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling som genomför artikel 80.1 och 80.3 i LUF-direktivet bör placeras i kapitlet Uteslutning av leverantörer.
- Bestämmelserna som genomför artikel 80.2 och 80.3 i LUF-direktivet bör placeras i kapitlet Val av leverantörer.

8.6 Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder

8.6.1 Nuvarande ordning

I skäl 53 i 2004 års LUF-direktiv nämns möjligheterna att kräva att åtgärder eller system för miljöledning ska tillämpas vid fullgörande av kontrakt. I samma skäl behandlas vidare hur en leverantör kan visa att kontraktet kan fullgöras i enlighet med nämnda krav. I 2004 års LOU-direktiv finns ett i stort sett identiskt skäl, skäl 44.

I 2004 års LUF-direktiv finns bestämmelserna om kvalitetssäkringsstandarder och miljöledning i artikel 52.2 och 52.3. Bestämmelserna om kvalitetssäkringsstandarder i artikel 52.2 i 2004 års LUF-direktiv motsvarar de i artikel 49 i 2004 års LOU-direktiv. Miljöledningsbestämmelserna i artikel 52.3 i 2004 års LUF-direktiv har sina motsvarigheter i artikel 50 i 2004 års LOU-direktiv. Utformningen av miljöledningsbestämmelserna i de båda direktiven är dock inte densamma.

Artikel 52.2 och 52.3 i 2004 års LUF-direktiv har i svensk rätt genomförts genom nuvarande 11 kap. 11 och 12 §§ LUF. Övervägandena beträffande genomförandet finns i prop. 2006/07:128 s. 538–539. Med anledning av en ny EU-förordning om frivillig miljöledning och miljörevision gjordes vissa följdändringar i nuvarande 11 kap. 12 § LUF år 2011 (prop. 2010/11:93, bet. 2010/11:MJU23, rskr. 2010/11:282).

I fråga om nuvarande 11 kap. 12 § LUF kan noteras att det direktivnära genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv har medfört att utformningen i paragrafen skiljer sig från den i motsvarande paragraf i nuvarande lag om offentlig upphandling, 11 kap.

15 § LOU. Bestämmelserna i nuvarande 11 kap. 11 § LUF är dock desamma som i nuvarande 11 kap. 14 § LOU (angående ordningen i den nuvarande lagen om offentlig upphandling se avsnitt 7.7.1).

8.6.2 LUF-direktivet

I likhet med skäl 53 i 2004 års LUF-direktiv nämns i skäl 93 i LUF-direktivet möjligheterna att kräva att åtgärder eller system för miljöledning ska tillämpas vid fullgörande av kontrakt. I samma skäl behandlas vidare hur en leverantör kan visa att kontraktet kan fullgöras i enlighet med nämnda krav.

Det två första meningarna i skäl 93 i LUF-direktivet motsvarar de två första meningarna i skäl 88 i LOU-direktivet. Därefter skiljer sig dessa båda skäl ifrån varandra.

Skäl 93 i LUF-direktivet avslutas enligt följande.

En beskrivning av de åtgärder som den ekonomiska aktören tillämpar för att garantera samma miljöskyddsnivå bör godtas som alternativt bevis till de registrerade systemen för miljöledning, om den berörda ekonomiska aktören inte har tillgång till sådana registrerade system för miljöledning eller möjlighet att få det inom de aktuella tidsfristerna.

Skäl 88 i LOU-direktivet avslutas däremot på följande sätt.

Detta inbegriper intyg för EU-miljömärket som omfattar miljöledningskriterier. Om en ekonomisk aktör inte har tillgång till sådana registrerade system för miljöledning eller möjlighet att få det inom de aktuella tidsfristerna, bör det vara tillåtet att lämna en beskrivning av de åtgärder för miljöledning som har genomförts, förutsatt att den berörda ekonomiska aktören visar att dessa åtgärder garanterar samma miljöskyddsnivå som de åtgärder som krävs enligt miljöledningen.

En jämförelse mellan hur de olika skälen avslutas ger enligt utredningen vid handen att skäl 93 i LUF-direktivet tycks uttrycka en mer tillåtande inställning än skäl 88 i LOU-direktivet till vilka alternativ som en leverantör kan använda sig av för att visa att kontraktet kommer att fullgöras i enlighet med uppställda krav.

I artikel 81 i LUF-direktivet finns bestämmelser om kvalitets-säkrings- och miljöledningsstandarder. Bestämmelserna motsvarar de i artikel 62 i LOU-direktivet.

8.6.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om administrativt samarbete i artikel 81.3 i LUF-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder. Bestämmelserna i övrigt om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder i artikel 81 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Reglerna om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder är likalydande i artikel 81.1 och 81.2 i LUF-direktivet och i artikel 62.1 och 62.2 i LOU-direktivet. Hur den senare artikeln bör genomföras framgår av avsnitt 7.7.3. Frågan för genomförandet nu av motsvarande bestämmelser i LUF-direktivet är om de kan genomföras på samma sätt. Då ordalagen är densamma i artikel 81.1 och 81.2 i LUF-direktivet och i artikel 62.1 och 62.2 i LOU-direktivet talar det för att de bör genomföras på samma sätt. Som framgått ovan (se avsnitt 8.6.2) tycks det dock finnas vissa nyansskillnader i skälen i respektive direktiv vad gäller de aktuella artiklarna. Enligt utredningens mening bör dock närmast identiska artikeltexter inte genomföras på olika sätt av den anledningen att uttalandena i skälen skiljer sig åt. Artikel 81.1 i LUF-direktivet och artikel 81.2 i LUF-direktivet bör således genomföras med de föreskrifter som förebilder som genomför motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet, artikel 62.1 och 62.2 i LOU-direktivet (se avsnitt 7.7.3). Utredningens uppfattning är att olikheterna i skälen inte bör leda till olikheter i tillämpningen av de likalydande bestämmelserna.

Som framgått (se avsnitt 7.7.3) anser utredningen att artikel 62.3 i LOU-direktivet får bedömas bli genomförd genom de åtgärder som föreslås i avsnitt 12.5.3. Utredningen gör samma bedömning beträffande artikel 81.3 i LUF-direktivet.

Sammanfattningsvis bör bestämmelserna om administrativt samarbete i artikel 81.3 i LUF-direktivet inte genomföras genom särskilda föreskrifter om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder. Bestämmelserna i övrigt i artikel 81 i LUF-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Val av leverantörer.

9 Kontraktstilldelning

9.1 Inledning

I kapitlet om upphandlingsförfarandets gång i 2014 års upphandlingsdirektiv finns ett underavsnitt om kontraktstilldelning. I avsnittet finns tre av de artiklar som omfattas av utredningens uppdrag. Dessa tre artiklar reglerar följande områden:

- tilldelningskriterier (artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet),
- livscykelkostnader (artikel 68 i LOU-direktivet och artikel 83 i LUF-direktivet) och
- onormalt låga anbud (artikel 69 i LOU-direktivet och artikel 84 i LUF-direktivet).

9.2 Tilldelningskriterier

9.2.1 Nuvarande ordning

Kriterier för tilldelning av kontrakt behandlas i skäl 46 i 2004 års LOU-direktiv och skäl 55 i 2004 års LUF-direktiv. Inledningsvis anges i skälen att tilldelning av kontrakt bör ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att direktivens grundläggande principer iakttas och att anbuden bedöms i verklig konkurrens med varandra. Enligt skälen bör därför endast två tilldelningskriterier tillåtas, nämligen ”lägsta pris” och ”ekonomiskt mest fördelaktigt anbud”.

Vidare framhålls betydelsen av öppenhet för att alla anbudsgivare i rimlig mån ska informeras om de kriterier som anbuden kommer att bedömas enligt. En upphandlande myndighet ska informera om kriterierna i så god tid att anbudsgivarna kan ta hänsyn till dem när de utformar sina anbud.

När det gäller tilldelningskriteriet ”ekonomiskt mest fördelaktigt anbud”, anges i skälen att vid tillämpningen av det kriteriet ska anbudena utvärderas med sikte på att fastställa vilket anbud som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris. Vilka ekonomiska och kvalitativa kriterier som därvid kan fastställas för att tillämpa tilldelningskriteriet i fråga beror på föremålet för upphandlingen.

Avslutningsvis anges att tilldelningskriterierna ska göra det möjligt att jämföra anbudena och bedöma dem på ett objektivt sätt, allt för att garantera likabehandling. Så länge de tillämpliga tilldelningskriterierna har sådana egenskaper, kan en upphandlande myndighet eller enhet använda sig av ekonomiska och kvalitativa tilldelningskriterier samt kriterier som gäller uppfyllande av miljökrav för att genom upphandling tillgodose myndighetens eller enhetens behov. En myndighet eller enhet kan på samma villkor använda sig av sociala krav i en upphandling.

Bestämmelserna om tilldelningskriterier i 2004 års upphandlingsdirektiv finns i artikel 53 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 55 i 2004 års LUF-direktiv. Rubriken till artiklarna är tilldelningsgrunder. Artiklarnas bestämmelser är uppdelade i två punkter.

I den första punkten räknas de två tilldelningsgrunderna upp, nämligen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” anbudet och anbudet med lägsta pris. I fråga om ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” anbudet anges att tilldelningen sker utifrån vad som är mest fördelaktigt för den upphandlande myndigheten eller enheten. Kriterierna som tillämpas för att avgöra detta ska enligt punkten vara kopplade till föremålet för kontraktet. Vilka kriterier det kan röra sig om exemplifieras i punkten.

I den andra punkten finns ytterligare bestämmelser om tilldelningsgrunden ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” anbudet. Dessa bestämmelser rör frågan om viktning av kriterier.

Överväganden beträffande genomförandet av artiklarna finns i Upphandlingsutredningen 2004:s delbetänkande (SOU 2005:22 s. 355–357 och 557–559) och i prop. 2006/07:128 (s. 246–249, 404–406 och 540–541). Övervägandena ledde till att ovanstående artiklar genomfördes genom nuvarande 12 kap. 1 och 2 §§ i både LOU och LUF.

9.2.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Skälen

Skälen som berör tilldelningskriterierna i 2014 års upphandlingsdirektiv är relativt omfattande. Kriterierna behandlas i skälen 89–94 i LOU-direktivet och skälen 94–99 i LUF-direktivet. Dessutom behandlas i skälen 97–99 i LOU-direktivet och skälen 102–104 i LUF-direktivet vikten av att sociala och miljörelaterade hänsyn beaktas som tilldelningskriterier och villkor för kontrakts fullgörande inom ramen för vad upphandlingsregelverket och EU-rätten i övrigt tillåter.

Av skälen följer att terminologin av tydlighetsskäl bör ändras. I skäl 89 i LOU-direktivet och skäl 94 i LUF-direktivet anges att ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” bör användas som ett överordnat begrepp. Motivet till detta är att alla vinnande anbud slutligen bör väljas i enlighet med vad de enskilda upphandlande myndigheterna eller enheterna anser vara de ekonomiskt bästa lösningarna bland dem som har erbjudits. Den ändrade terminologin kräver dock uppmärksamhet för undvikande av förväxling med tilldelningskriteriet det ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” i den betydelse det har enligt 2004 års upphandlingsdirektiv. Ett annat begrepp bör därför användas för tilldelningskriteriet det ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”. I 2014 års upphandlingsdirektiv bör det ersättas med ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”. Skäl 89 i LOU-direktivet och skäl 94 i LUF-direktivet avslutas med att detta följaktligen bör ”tolkas i enlighet med den rättspraxis som avser de direktiven (2004 års upphandlingsdirektiv, utredningens anm.), förutom när det uppenbarligen föreligger en väsentligt annorlunda lösning i detta direktiv”.

Begreppen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” och ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” får antas användas konsekvent i den nya betydelsen i övriga skäl som berör tilldelningskriterierna. Det innebär i så fall att EU-lagstiftaren enligt skälen tycks anse att som tilldelningskriterium bör användas ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”. Detta synes följa av skäl 90 första stycket i LOU-direktivet och skäl 95 första stycket i LUF-direktivet där det anges att det ”bör uttryckligen anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bör bedömas utifrån det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, som alltid bör inbegripa ett pris- eller kostnadselement”.

Huruvida det finns något annat självständigt tilldelningskriterium utöver bästa förhållandet mellan pris och kvalitet är vid en läsning av skälen oklart. Det anges dock i samma skäl som ovan, skäl 90 första stycket i LOU-direktivet och skäl 95 första stycket i LUF-direktivet, att det likaså bör ”klargöras att en sådan bedömning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet också kan göras på grundval av antingen enbart pris eller enbart kostnadseffektivitet”. Detta uttalande kan läsas som att pris eller kostnadseffektivitet kan utgöra moment vid tilldelning utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Det går emellertid också tolka det som att det finns ytterligare ett självständigt tilldelningskriterium, möjligen till och med två. Att uttalandet trots allt bör läsas enligt den senare tolkningen vinner stöd av det som sägs i andra stycket i samma skäl. Där anges att medlemsstaterna bör få förbjuda eller begränsa användningen av enbart pris eller enbart kostnad, för att bedöma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I fråga om skäl 90 andra stycket i LOU-direktivet och skäl 95 andra stycket i LUF-direktivet bör också tilläggas att de kan ses som uttryck för att det bör finnas en prioritetsordning som tilldelningskriterierna bör väljas efter. Denna ordning skulle i så fall anses anvisa tilldelningskriteriet bästa förhållandet mellan pris och kvalitet som förstahandsalternativ.

Sammanfattningsvis tycks alltså skälen så här långt laborera med det överordnade begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” och med två eller tre olika tilldelningskriterier som det överordnade begreppet innefattar. Dessa tilldelningskriterier är ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”, ”enbart pris” och ”enbart kostnadseffektivitet”. Skälen tycks vidare ge uttryck för en preferens till förmån för tilldelningskriteriet ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”.

När det gäller tilldelningskriteriet ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” beskrivs i skäl 92 första stycket i LOU-direktivet och skäl 97 första stycket i LUF-direktivet hur detta kriterium bör tillämpas.

I skäl 92 tredje stycket i LOU-direktivet och skäl 97 tredje stycket i LUF-direktivet erinras vidare om att tilldelning av kontrakt inte bör uteslutande grunda sig på andra kriterier än kostnader. Kvalitetskriterier bör därför åtföljas av ett kostnadskriterium. I skälen uttrycks det att kvalitetskriterier därför bör ”åtföljas av ett kostnadskriterium som, beroende på vad den upphandlande myndigheten/enheten väljer, antingen kan avse priset eller kostnadseffektiviteten,

exempelvis en beräkning av livscykelkostnaderna”. Med kostnader i detta sammanhang tycks alltså avses pris och kostnadseffektivitet. I de efterföljande skälen, skäl 93 i LOU-direktivet och skäl 98 i LUF-direktivet, utvecklas synen på när fasta priser kan användas.

Artiklarna

Bestämmelserna om tilldelningskriterier finns i artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet. Båda artiklarna består av fem punkter.

I artikel 67.1 i LOU-direktivet och artikel 82.1 i LUF-direktivet finns det i skälen omnämnda överordnade begreppet enligt vilket anbud ska utvärderas. Det anges sålunda att en tilldelning ska baseras på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Vilka tilldelningskriterier som ska omfattas av det överordnande begreppet regleras i artikel 67.2 i LOU-direktivet och artikel 82.2 i LUF-direktivet. Artikeltexten är emellertid i dessa punkter svårtolkad. Av texten går inte att entydigt utläsa vilka de specifika tilldelningskriterierna ska vara. I punkterna förekommer likväl de tre begrepp som enligt skälen tycks utgöra tilldelningskriterierna. De talas sålunda om ”priset eller kostnaden” och ”det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”. Oavsett hur dessa begrepp närmare bör tolkas står det dock klart att punkten inte anger att något av tilldelningskriterierna bör väljas framför något av de andra. En annan sak är att medlemsstaterna enligt artikel 67.2 tredje stycket LOU-direktivet och artikel 82.2 tredje stycket LUF-direktivet får begränsa användningen av pris eller kostnad som enda tilldelningskriterium.

I 67.2 första stycket LOU-direktivet och artikel 83.2 första stycket LUF-direktivet klargörs att vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska avgöras ur den upphandlande myndighetens eller enhetens synvinkel på grundval av ovan nämnda tilldelningskriterier. Vidare anges att tillämpningen av kriteriet ”det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” får bedömas på grundval av kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet och att sådana kriterier kan omfatta vissa i leden a–c uppräknade förhållanden. Ytterligare bestämmelser om tilldelningskriteriernas koppling till föremålet för kontraktet finns i artikel 67.3 i LOU-direktivet och artikel 82.3 i LUF-direktivet.

I artikel 67.4 i LOU-direktivet och artikel 82.4 i LUF-direktivet slås vissa grundläggande regler fast som måste iakttas när tilldelningskriterierna utformas. Av punkterna följer att kriterierna inte får utformas så att de ger den upphandlande myndigheten eller enheten obegränsad valfrihet. Kriteriernas utformning ska vidare garantera en effektiv och rättvis konkurrens. Kriterierna ska dessutom kompletteras med specifikationer som gör det möjligt att effektivt kontrollera de uppgifter som anbudsgivarna lämnar med avseende på hur väl anbudet uppfyller tilldelningskriterierna. I tveksamma fall ska myndigheten eller enheten effektivt kontrollera om de uppgifter och bevis som har lämnats av anbudsgivarna är korrekta.

Artiklarna avslutas med bestämmelser om viktning av kriterier, artikel 67.5 i LOU-direktivet och artikel 82.5 i LUF-direktivet.

9.2.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om tilldelningskriterier i artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag. Bestämmelserna i artikel 67.2 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 82.2 tredje stycket i LUF-direktivet som medger att användningen av vissa närmare angivna tilldelningskriterier begränsas bör dock inte utnyttjas.

Skälen för utredningens förslag

Kan tilldelning ske på grundval av enbart pris?

Bestämmelserna om tilldelningskriterier i 2014 års upphandlingsdirektiv har getts en annan utformning än motsvarande bestämmelser i 2004 års upphandlingsdirektiv. En av de mer tydliga skillnaderna är att artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet inte klart uttrycker den grundläggande uppdelning i två olika tilldelningsgrunder som anges i motsvarande artiklar i 2004 års upphandlingsdirektiv. Motivet till denna skillnad mellan direktiven är inte klart uttryckt i skälen. Möjligen finns förklaringen att söka i skälen till att EU-lagstiftaren valt att ändra terminologin och göra begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” till ett

överordnat begrepp. Det som framgår av skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv i den delen är att alla vinnande anbud slutligen bör väljas i enlighet med vad de upphandlande myndigheterna eller enheterna anser vara de ekonomiskt bästa lösningarna bland dem som har erbjudits. Denna syn på enligt vilka grunder kontrakt ska tilldelas får dock i sin tur antas vila på en uppfattning att tilldelning på grundval av enbart lägsta pris enligt 2004 års upphandlingsdirektiv i alltför stor utsträckning har hamnat i förgrunden och möjligen också använts i för stor omfattning.

Såvitt utredningen kan bedöma med ledning av uttalandena i skälen i 2014 års upphandlingsdirektiv synes EU-lagstiftaren sålunda ha önskat sätta andra grunder än ”enbart lägsta pris” i förgrunden. Som framgår av artikel 67.2 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 82.2 tredje stycket i LUF-direktivet finns det också en möjlighet för medlemsstaterna att begränsa användningen av pris eller kostnad som enda tilldelningskriterium i upphandlingar. Det är dock enligt utredningens uppfattning tveksamt om ordalagen i artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet i övrigt ger uttryck för att någon av grunderna för tilldelning ska väljas i första hand. Bestämmelserna om tilldelningskriterier enligt artiklarnas ordalydelser i 2014 års upphandlingsdirektiv tycks således inte uttrycka någon preferens till förmån för någon av grunderna för tilldelning.

Det bör vidare noteras att tilldelning enbart på grundval av pris tycks vara ett tillåtet alternativ även enligt 2014 års upphandlingsdirektiv. Enligt utredningens mening finns det varken i skälen eller i artiklarna stöd för slutsatsen att denna grund inte längre skulle kunna tillämpas.

Enligt utredningen hindrar således regelverket i 2014 års upphandlingsdirektiv inte att kontrakt tilldelas enbart på grundval av lägsta pris. Det finns inte heller något stöd i direktivens artikeltexter för att någon av grunderna för tilldelning av kontrakt bör väljas i första hand. Utredningens analys av regleringen så här långt tyder närmast på att utformningen av artiklarna om tilldelningskriterierna i 2014 års upphandlingsdirektiv enbart är ett resultat av att EU-lagstiftaren har bedömt att det finns ett behov av att ändra terminologin.

Genomförandet av artiklarna – två alternativ

Enligt utredningens uppfattning finns det två vägar som kan väljas vid genomförandet av artiklarna och som återspeglar den ändrade terminologin. Den ena innebär att det endast kommer att finnas en tilldelningsgrund, nämligen bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Den andra innebär att det kommer att finnas en uppdelning i två olika tilldelningsgrunder i likhet med dagens ordning.

Det bör här påpekas att båda alternativen är lagtekniska lösningar som i tillämpningen kan antas leda till samma resultat. Inte något av alternativen medger nämligen föreskrifter som anger att grunden enbart pris inte ska få användas, såvida möjligheten i artikel 67.2 tredje stycket i LOU-direktivet eller artikel 82.2 tredje stycket i LUF-direktivet inte utnyttjas.

Det första alternativet framstår dock som mindre lyckat. Det överordnade begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” synes nämligen med ett genomförande enligt detta alternativ förlora sin betydelse. Enligt det första alternativet skapas tre begreppsnivåer med begreppen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” och ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” som de enda begreppen på nivå ett respektive nivå två. Den tredje nivån skulle bestå av de övriga begrepp som används i artiklarna och som syftar till att beskriva vilka omständigheter som får beaktas vid utvärdering av anbud.

Om det andra alternativet väljs för genomförandet, skapas åtminstone två begrepp på nivå två. En sådan ordning framstår som mer förenlig med tillskapandet av ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” som överordnat begrepp på nivå ett. Även om det inte är entydigt vilka dessa två begrepp på nivå två ska vara, framstår alternativet likväl som det mest lämpliga. En systematisk användning av begreppen på de olika nivåerna talar sålunda enligt utredningens bedömning för att artiklarna genomförs enligt det andra alternativet.

Tilldelningsgrunderna – pris och kostnad

Som konstaterats ovan talar en systematisk användning av begreppen på de olika nivåerna för att artiklarna genomförs enligt ett lagtekniskt alternativ som innebär att det ska finnas en uppdelning i två

olika tilldelningsgrunder i likhet med dagens ordning. Det återstår dock att identifiera vilka begrepp som bör användas för att beskriva dessa grunder vid genomförandet av 2014 års upphandlingsdirektiv.

Som utredningen konstaterat ovan ger artiklarna i direktiven inte helt entydiga besked om vad som i bestämmelserna är samlande begrepp för tilldelningsgrunderna och vad som är mer eller mindre konkreta beskrivningar av omständigheter som får beaktas vid bedömningen av i vilken utsträckning anbuden uppfyller tilldelningsgrunderna. Inledningen av artikel 67.2 första stycket i LOU-direktivet och artikel 82.2 första stycket i LUF-direktivet antyder dock att pris och kostnad är de två begrepp som beskriver de tilldelningsgrunder som kan användas. Artiklarna inleds ju med att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ur den upphandlande myndighetens/enhetens synvinkel ”ska fastställas på grundval av priset eller kostnaden”. En sådan syn på artiklarna innebär att den ena grunden, pris, medger att tilldelning sker på grundval av enbart lägsta pris medan den andra grunden, kostnad, medger tilldelning på grundval av olika kriterier med anknytning till en mängd olika kostnadsaspekter på upphandlingsföremålet. Sådana aspekter kan enligt artiklarna vara livscykelkostnader, kvalitetsaspekter, miljöaspekter och sociala aspekter. Att pris kan ingå som ett moment i denna grund framgår vidare inte minst av att det i artiklarna anges att bedömningen får innefatta ”det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”.

Artiklarna i direktiven bör sålunda genomföras med användandet av de tre grundläggande begreppen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”, pris och kostnad. Enligt utredningens bedömning finns det ingen anledning att utnyttja möjligheten i artikel 67.2 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 82.2 tredje stycket i LUF-direktivet att föreskriva begränsningar av användningen av grunden pris.

Utredningens ovan gjorda tolkning av bestämmelserna om tilldelningskriterierna i 2014 års upphandlingsdirektiv innebär att artiklarna i fråga kan genomföras med bestämmelser som är snarlika dem som genomförde motsvarande bestämmelser i 2004 års upphandlingsdirektiv. Som framgått måste dock begreppsbyggnaden bli en annan i de nya bestämmelserna. Enligt utredningen rör det sig emellertid inte om några materiella förändringar i förhållande till 2004 års upphandlingsdirektiv.

Det bör här anmärkas att det aldrig egentligen funnits någon skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att tillmäta

tilldelningsgrunden ”lägsta pris” större tyngd än ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”. Det har alltid varit möjligt för en upphandlande myndighet eller enhet att sätta kvaliteten i högsätet vid sin upphandling och därefter avväga vad man varit beredd att betala för den kvalitet som önskas.

Den nya regleringen innefattar, som nyss sagts, inte någon materiell ändring, men tjänar det syftet att materiell osäkerhet om möjligheten att ställa kvalitet i förhållande till pris undanröjs.

Sammanfattande slutsatser

Bestämmelserna i artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna i artikel 67.2 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 82.2 tredje stycket i LUF-direktivet som medger att användningen av vissa närmare angivna tilldelningskriterier begränsas bör dock inte utnyttjas. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Tilldelning av kontrakt i de nya lagarna.

9.3 Livscykelkostnader

9.3.1 Nuvarande ordning

I 2004 års upphandlingsdirektiv finns inga bestämmelser som särskilt tar sikte på livscykelkostnader som tilldelningskriterier. Den exemplifierande uppräkningslista som finns i artikel 53.1 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 55.1 i 2004 års LUF-direktiv omfattar dock även livscykelkostnader som tilldelningskriterier. Detta följer bl.a. av att det i led a i båda punkterna anges att kostnadseffektivitet är ett kriterium som kan kopplas till föremålet för kontraktet. Detta begrepp används även i de paragrafer som genomför nämnda artiklar, se nuvarande 12 kap. 1 § andra stycket i både LOU och LUF.

Att kostnadseffektivitet särskilt nämns i de ovan berörda bestämmelserna är dock inte av någon avgörande betydelse. Oavsett det särskilda omnämmandet, är det enligt dagens upphandlingsregelverk tillåtet att använda livscykelkostnader som tilldelningskriterium så länge de uppfyller det allmänna kravet på att ett

kriterium ska vara kopplat till föremålet för kontraktet och övriga krav på utformningen av sådana kriterier.

Frågan om livscykelkostnader behandlades också av Upphandlingsutredningen 2010. I avsnitt 7.4 i den utredningens slutbetänkande (SOU 2013:12) avhandlas fler olika aspekter på hur livscykelkostnader kan beräknas. I ett avsnitt berörs särskilt hur s.k. externa kostnader kan inkluderas i beräkningen av livscykelkostnader (s. 466–468). Med sådana kostnader avses enligt betänkandet kostnader som inte direkt hamnar på den upphandlande myndigheten eller enheten (s. 466). Av betänkandet framgår att Upphandlingsutredningen 2010 hade identifierat att en av orsakerna till att livscykelperspektivet hittills inte hade hamnat i förgrunden vara att det hos många upphandlande myndigheter och enheter fanns en osäkerhet om vilka vinster som skulle kunna hämtas hem och om hur man skulle gå till väga rent kalkylmässigt. För att komma till rätta med detta föreslog utredningen (s. 472–473) att det organ som skulle ansvara för upphandlingsstödet skulle ges i uppdrag att utveckla vägledningar för hur livscykelkostnader kan beaktas vid upphandlingar. Utredningen framhöll vidare att Miljöstyrningsrådets erfarenheter och arbete lämpligen borde utgöra utgångspunkten för ett sådant uppdrag. Det bör vidare noteras att en viktig faktor enligt utredningen (s. 74) för att uppnå målet med den svenska offentliga upphandlingen, nämligen ”den goda affären”, är att hänsyn tas till livscykelkostnader så långt upphandlingsregelverket tillåter.

När det gäller livscykelkostnader ska också nämnas det regelverk som gäller för upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster sedan den 1 juli 2011 (prop. 2010/11:118, bet. 2010/11:FiU37, rskr. 2010/11:303). Regelverket består av lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster och förordningen (2011:847) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster. Genom dessa författningar har Sverige genomfört Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/33/EG av den 23 april 2009 om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon. Författningarna gäller vid upphandling enligt nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna om upphandlingen avser vissa uppräknade anskaffningar i 2 § lagen om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster. I den tillhörande förordningen finns relativt detaljerade föreskrifter om hur

driftskostnaderna ska beräknas och i vissa fall omvandlas till belopp i pengar.

Värt att notera i detta sammanhang är att det i förarbetena till nyss nämna lag finns ett avsnitt om författningsform och författningsstruktur (prop. 2010/11:118 s. 17). Enligt avsnittet konstaterade regeringen att direktiv 2009/33/EG borde genomföras genom bestämmelser i en ny lag. Enligt regeringen fick det anses olämpligt att föra in de nya reglerna i nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Regeringen uttalade vidare att en sådan konstruktion inte borde vålla några problem vid tillämpningen av bestämmelserna.

9.3.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Skälen

I 2014 års upphandlingsdirektiv behandlas i skälen 95 och 96 i LOU-direktivet och skälen 100 och 101 i LUF-direktivet möjligheterna att ta hänsyn till livscykelkostnader när kontrakt tilldelas.

I skäl 95 i LOU-direktivet och skäl 100 i LUF-direktivet erinras om att EU-lagstiftaren redan har fastställt obligatoriska upphandlingskrav för att uppnå vissa särskilda mål för vägtransportfordon och för kontorsutrustning. När det gäller vägtransportfordon hänvisas i skälen till det i avsnittet närmast ovan nämnda direktivet, direktiv 2009/33/EG.

Ordningen med sektorsspecifika åtgärder i form av fastställda obligatoriska mål och av främjande av utveckling och användning av europeiska metoder för beräkning av livscykelkostnader bör enligt ovan nämnda skäl bibehållas. Denna ordning ska dock enligt skäl 96 i LOU-direktivet och skäl 101 i LUF-direktivet kompletteras med att livscykelkostnader beaktas av upphandlande myndigheter och enheter vid upphandlingar i allmänhet. Det anges därvid att det i 2014 års upphandlingsdirektiv ska klargöras att myndigheter och enheter får anlägga ett livscykelkostnadsperspektiv när de fastställer vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, såvida det inte rör sig om utvärdering enbart på grundval av pris. I samma skäl anges att begreppet livscykelkostnad innefattar alla kostnader under livscykeln för en vara, tjänst eller byggentreprenad.

Vad som avses med begreppet livscykelkostnader beskrivs i skäl 96 andra stycket i LOU-direktivet och skäl 105 andra stycket i

LUF-direktivet. I skälen nämns att livscykelkostnader omfattar interna kostnader och kostnader som kan tillskrivas externa miljöeffekter. Det anges vidare i sista stycket i båda skälen att det bör undersökas om det är genomförbart att inrätta en gemensam metod för beräkning av sociala livscykelkostnader med beaktande av befintliga metoder såsom riktlinjerna för bedömning av varors sociala livscykelkostnader som antogs inom ramen för FN:s miljöprogram (Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products).

Artiklarna

I 2014 års upphandlingsdirektiv finns särskilda bestämmelser om livscykelkostnader i artikel 68 i LOU-direktivet och artikel 83 i LUF-direktivet. Artiklarna innehåller bestämmelser om vilka kostnader som är att anse som livscykelkostnader och om vilka krav som ska ställas på de metoder som används för att beräkna livscykelkostnader.

I artikel 68.1 i LOU-direktivet och artikel 83.1 i LUF-direktivet räknas olika kostnader upp som kan beaktas som livscykelkostnader när kontrakt ska tilldelas. Uppräkningen är exemplifierande. Punkterna är uppdelade i två led. Det första ledet, led a, tar sikte på s.k. interna kostnader och det andra ledet, led b, på kostnader som kan tillskrivas externa miljöeffekter, vilka är en form av s.k. externa kostnader.

Att en upphandlande myndighet eller enhet ska ange vilka uppgifter som en leverantör ska lämna och vilken metod som ska användas för att beräkna livscykelkostnaderna framgår av artikel 68.2 i LOU-direktivet och artikel 83.2 i LUF-direktivet. Vidare anges i punkterna vilka krav som ska ställas på de metoder som används för att beräkna kostnader som kan tillskrivas externa miljöeffekter.

Av artikel 68.3 i LOU-direktivet och artikel 83.3 i LUF-direktivet framgår att när en gemensam metod för beräkning av livscykelkostnader har gjorts obligatorisk genom EU-lagstiftning, ska den metoden tillämpas för bedömning av livscykelkostnader. Sådana rättsakter ska anges i bilaga XIII till LOU-direktivet och bilaga XV till LUF-direktivet. I dessa bilagor nämns för närvarande en rättsakt, nämligen direktiv 2009/33/EG (se även avsnitt 9.3.1 ovan).

9.3.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om livscykelkostnader i artikel 68.3 i LOU-direktivet och artikel 83.3 i LUF-direktivet bör inte genomföras genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Övriga bestämmelser i artikel 68 i LOU-direktivet och artikel 83 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Ett kontrakt kan redan i dag tilldelas på grundval av livscykelkostnader, såvida tilldelningen inte sker enbart på grunden lägsta pris. Bestämmelserna om tilldelningskriterier i 2014 års upphandlingsdirektiv och utredningens förslag på hur bestämmelserna ska genomföras innebär inga förändringar därvidlag (se avsnitt 9.2.3). Bestämmelserna om livscykelkostnader i 2014 års upphandlingsdirektiv innebär inte heller några förändringar. Sammanfattningsvis innebär alltså bestämmelserna i 2014 års upphandlingsdirektiv att rättsläget inte ändras när det gäller möjligheten att använda livscykelkostnader som tilldelningskriterier.

Med ledning av det EU-lagstiftaren har anfört i skälen och hur den har utformat artiklarna beträffande livscykelkostnaderna i 2014 års upphandlingsdirektiv, får det antas att EU-lagstiftaren troligen önskat få till stånd en förändrad attityd till användningen av livscykelkostnader som tilldelningskriterier. Förhoppningen från EU-lagstiftarens sida torde troligen vara att klargörandet i form av skälen och artiklarna om livscykelkostnader i direktiven kommer att bidra till att livscykelkostnader framöver kommer att användas i större utsträckning som tilldelningskriterier.

Resultatet av det utåtriktade arbete som Upphandlingsutredningen 2010 har bedrivit tycks också tyda på att det finns ett behov av att förändra upphandlande myndigheters och enheters attityder till att använda livscykelkostnader som tilldelningskriterier. Upphandlingsutredningen har betonat vikten av vägledning på området och att arbetet med att ta fram sådana vägledningar måste fortsätta.

Beträffande genomförandet av nu aktuella artiklar, artikel 68 i LOU-direktivet och artikel 83 i LUF-direktivet, skulle det kunna

hävdas att artiklarnas bestämmelser kan anses genomförda redan genom de föreskrifter som genomför artiklarna om tilldelningskriterier, artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet. Om ett sådant förhållningssätt dessutom kompletteras med den typ av åtgärder som Upphandlingsutredningen 2010 har föreslagit, kan det antas att EU-lagstiftarens syfte med artiklarna om livscykelkostnader uppnås. Enligt utredningens mening är detta dock inte något skäl för att avvika från den av utredningen i övrigt använda metoden att så långt möjligt genomföra direktivens bestämmelser genom direktivnära föreskrifter. Artikel 68 i LOU-direktivet och artikel 83 i LUF-direktivet bör således genomföras i enlighet med denna metod.

När det gäller genomförandet av artikel 68.3 i LOU-direktivet och artikel 83.3 i LUF-direktivet finns det dock anledning att göra avsteg från metoden. Som framgått har den enda rättsakt som anges i bilaga XIII till LOU-direktivet och bilaga XV till LUF-direktivet genomförts genom en särskild lag och en därtill hörande förordning (lagen om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster och förordningen om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster). Enligt utredningen finns det ingen anledning att nu ändra på den lagstiftningstekniken. Det skulle i så fall innebära att varken artikel 68.3 i LOU-direktivet eller artikel 83.3 behöver genomföras genom föreskrifter i de nya författningarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Sammanfattningsvis bör bestämmelserna i artikel 68.3 i LOU-direktivet och artikel 83.3 i LUF-direktivet inte genomföras genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Övriga bestämmelser i artikel 68 i LOU-direktivet och artikel 83 i LUF-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i de nya lagarna. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Tilldelning av kontrakt i de nya lagarna.

9.4 Onormalt låga anbud

9.4.1 Nuvarande ordning

Reglerna om hur den upphandlande myndigheten ska hantera anbud som den anser kunna vara onormalt låga finns i nuvarande 12 kap. 3 och 4 §§ LOU och 12 kap. 3 och 4 §§ LUF. Då bestämmelserna är likalydande gäller samma regler för såväl upphandlande myndigheter som upphandlande enheter.

I 12 kap. 3 § första stycket LOU anges att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud som den finner vara onormalt lågt. Bestämmelsen utgår från att myndigheten har en skyldighet att utvärdera alla anbud som lämnats och som finns kvar när man kommit till utvärderingsskedet av förfarandet. Det kan här anmärkas att det inte finns någon skyldighet för myndigheten att förkasta ett sådant anbud. Men myndigheten får inte förkasta anbudet på denna grund innan den begärt en förklaring till det låga anbudet. Däremot finns alltså det en skyldighet för myndigheten att undersöka anledningen till det låga anbudet. Men reglerna är utformade så att det inte heller när anbudsgivaren inte lyckats förklara sitt låga anbud finns en skyldighet för myndigheten att förkasta detta. Möjligheten är alltså fakultativ, låt vara att det ur affärsmässig synvinkel rimligen finns stor anledning att iaktta försiktighet.

I andra stycket lämnas exempel på de omständigheter som en begäran om förklaring kan gälla. Det framgår redan av ordalydelsen att det är fråga om en inte uttömmande förteckning. Det står alltså den upphandlande myndigheten fritt att begära en förklaring på vilka grunder den själv anser är relevanta. På samma sätt står det anbudsgivaren fritt att lämna förklaringar också med avseende på andra punkter än de specifikt efterfrågade. Med hänsyn till de allmänna principerna för upphandling bör man dock hålla i minnet att efterfrågade omständigheter ska ha en relevant koppling till föremålet för upphandlingen.

Av de exempel som lämnas i förteckningen kan särskilt anmärkas att det är möjligt att förklaringen från anbudsgivaren kan avse huruvida denna iakttar bestämmelserna om arbetarskydd och arbetsförhållanden på den ort där kontraktet ska genomföras och om han haft möjlighet att erhålla statligt stöd. Genom den förstnämnda möjligheten kan en upphandlande myndighet få möjlighet att förkasta ett anbud från en anbudsgivare som myndigheten uppfattar kan anlita s.k. svart arbetskraft. (se Rosén Andersson

m.fl. Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, 2013, s. 484). Upphandlingsutredningen 2004 uppmärksammade denna omständighet och uttalade att ”Det får antas att ett förtydligande syftar till att klarlägga huruvida det låga anbudet beror på att bestämmelserna inte har iakttagits” (SOU 2005:22 s. 358).

Det bör också här nämnas att ett genomgående tema för dessa regler är att säkerställa att det inte lämnas utrymme för godtyckliga bedömningar från upphandlande myndighets sida. Vidare görs det tydligt genom bestämmelserna att det inte är möjligt för den upphandlande myndigheten att utgå från någon form av presumtion för att ett anbud ska förkastas på grund av att den anser att priset är för lågt. Tvärtom görs det tydligt att anbudsgivaren alltid ska få tillfälle att förklara sitt anbud. Förutom det som just sagts om skyddet mot godtycke kan det antas att ett annat syfte med undersökningsplikten är att myndigheten också ska säkerställa så långt det är möjligt att den leverans man vill ha också kommer att genomföras, dvs. att kontraktet kommer att fullgöras. I detta ligger alltså effektivitetshänsyn.

Avslutningsvis i denna del några ord om vad som kan sägas utgöra bevisbördan för olika delar av undersökningen. Det framgår av reglerna att myndigheten initierar undersökningen av det låga anbudet. Det följer vidare av allmänna regler att det är leverantören som har bevisbördan för att anbudet har en rimlig förklaring; det är ju vanligen leverantörer som har specialkunskapen om vilka förhållanden och överväganden inom den egna organisationen som gjorts innan anbudet lämnas. Däremot torde det vara den upphandlande myndighet som anser att förklaringarna inte är tillfredsställande som har bevisbördan för att förkastandet vilar på godtagbar grund.

I Rosén Andersson m.fl. Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, 2013 anges kammarrättspraxis och EU-domstolspraxis i de nu nämnda hänseendena (s. 485 f.). Se också Nord, lag (2007:1091) om offentlig upphandling 12 kap. 3 § Lexino 2012-07-01.

9.4.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Bestämmelserna om onormalt låga anbud finns i artikel 69 i LOU-direktivet och i artikel 84 i LUF-direktivet. De motsvarar de tidigare artikelbestämmelserna, men nya punkter har införts.

En av dessa nyheter finns i artikel 69.2 e och innebär att upphandlande myndighet kan begära en förklaring beträffande

efterlevnaden av de skyldigheter som anges i artikel 71. Den artikeln avser bl.a. möjligheter att säkerställa att underleverantörer iakttar skyldigheterna enligt artikel 18.2, som avser iakttagandet av ”tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställs i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i [direktivets] bilaga X”. Artikeln följs upp av artikel 69.3 andra stycket, där det sägs att myndigheten ”ska” förkasta anbudet när den har fastställt att anbudet är onormalt lågt på grund av att det inte uppfyller nämnda skyldigheter.

En annan nyhet finns i artikel 69.5, enligt vilken medlemsstaterna på begäran från andra medlemsstater och inom ramen för administrativt samarbete ska lämna all information som de förfogar över, såsom lagar, förordningar, allmänt tillämpliga kollektivavtal eller nationella tekniska standarder, om de bevis och dokument som uppvisats med avseende på de uppgifter som anges i artikel 69.2.

Motsvarande ändringar finns i artikel 84 i LUF-direktivet.

9.4.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om onormalt låga anbud i artikel 69 i LOU-direktivet och artikel 84 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Det kan först konstateras att förteckningen av omständigheter som kan undersökas fortfarande är exemplifierande och alltså inte uttömmande. Men det kan också konstateras att den fakultativa möjligheten att underlåta att förkasta ett anbud som man fastställt vara onormalt lågt är kvar, men har skärpts i ett avseende. Denna möjlighet har ersatts av en skyldighet när det gäller bristande uppfyllelse av sociala hänsyn m.m. enligt artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet. Om nämligen myndigheten kan fastställa att anbudet inte uppfyller de skyldigheter som följer av nämnda artiklar ska anbudet förkastas. I skäl 103 i LOU-direktivet och skäl 108 i LUF-direktivet anges endast att den upphandlande möjligheten ”bör [---] ha rätt att förkasta

anbudet. Detta agerande bör vara obligatoriskt i de fall då den upphandlande myndigheten har konstaterat” vad som är ett åsidosättande av de skyldigheter som följer av artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet.

Enligt utredningens mening innebär dessa nya regler att möjligheten att förkasta ett onormalt lågt anbud visserligen finns kvar, men att de nya reglerna sammantaget innebär en mera restriktiv syn på möjligheten att godta sådana anbud. Det ligger ju också i det allmänna språkbruket att vad som kan konstateras vara ”onormalt lågt” inte motsvarar vad som kan sägas vara allmänt vedertagna affärsmässiga hänsyn. Den upphandlande myndigheten har ju en skyldighet att se till att upphandlingen är effektiv bl.a. i den meningen att den ska säkerställa att leverans kan ske i enlighet med kontraktet. Om ett onormalt lågt anbud i och för sig kan förklaras, men likväl inger farhågor beträffande leveranssäkerhet m.m., kan det hävdas att det allmänna kravet på att en upphandlande myndighet ska iaktta skälig omsorg vid förberedandet av en upphandling medför att det i själva verket finns ett mycket litet utrymme för myndigheten att godta ett sådant anbud.

Det förtjänar att här anmärkas att det i direktivens skäl anges att onormalt låga anbud ”kan vara baserade på antaganden eller praxis som är tekniskt, ekonomiskt eller rättsligt osunda.” Också detta ordval ger en antydning om att både den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren har att bedöma respektive avväga förklaringarna till det låga anbudet i förhållande till vad som kan antas motsvara sedvanlig affärsmässighet i det ekonomiska livet.

Däremot kan de nya reglerna inte anses innefatta en ändring av hittillsvarande praxis av var bevisbördan ska placeras för de skilda omständigheter som ska förklaras respektive vars bristande förklaringar kan läggas anbudsgivaren till last.

Det kan vidare anmärkas att det tidigare kravet på samråd med anbudsgivaren nu ersatts av ett krav på att den upphandlande myndigheten ska bedöma de uppgifter som lämnats ”efter att ha hört anbudsgivaren”. Detta tolkar utredningen på så sätt att samrådet kan anses ersatt av sedvanlig skriftväxling till den nivå då upphandlande myndighet finner att utredningen är tillräcklig, varefter den fattar beslut i den ena eller andra riktningen.

Innebörden av bestämmelserna om överlämnande av information (artikel 69.5 i LOU-direktivet och 84.5 i LUF-direktivet) är något dunkel genom att det finns risk för sammanblandning med

artiklarna om administrativt samarbete (artikel 86.1 i LOU-direktivet och artikel 102.1 i LUF-direktivet). Syftet med bestämmelserna får dock enligt utredningens mening antas bli tillgodosett redan genom en tillämpning av de allmänna bestämmelserna om administrativt bistånd i utredningens lagförslag (se 88 § och avsnitt 12.5.3). Dessa allmänna bestämmelser innebär bl.a. att den kontaktpunkt som har utsetts med stöd av 88 § ska bistå en svensk upphandlande myndighet att inhämta information om förhållanden i andra länder av betydelse för bedömningen av sådana uppgifter som en leverantör kan lämna i en förklaring till anbudets pris.

Sammanfattningsvis ska alltså bestämmelserna om onormalt låga anbud genomföras i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Tilldelning av kontrakt. Bestämmelserna bör genomföras med redaktionella ändringar av bestämmelserna i nuvarande 12 kap. 3 och 4 §§ i både LOU och LUF men med den materiella skillnaden i förhållande till nuvarande lydelse att möjligheten att förkasta ett onormalt lågt anbud blir en skyldighet när anbudets pris inte kunnat förklaras tillfredsställande.

10 Fullgörande av kontrakt

10.1 Inledning

I kapitlet om fullgörande av kontrakt i 2014 års upphandlingsdirektiv finns tre av de artiklar som omfattas av utredningens uppdrag. Dessa tre artiklar reglerar följande områden:

- anlitande av underleverantörer (artikel 71 i LOU-direktivet och artikel 88 i LUF-direktivet),
- ändring av kontrakt under löptiden (artikel 72 i LOU-direktivet och artikel 89 i LUF-direktivet) och
- uppsägning av kontrakt (artikel 73 i LOU-direktivet och artikel 90 i LUF-direktivet).

10.2 Anlitande av underleverantör

10.2.1 Nuvarande ordning

I artikel 25 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 37 i 2004 års LUF-direktiv finns bestämmelser om underentreprenad. Av artiklarna framgår att en upphandlande myndighet eller enhet *får* begära att en leverantör i sitt anbud ska ange hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås. Vad leverantören anger i detta hänseende påverkar inte dennes ansvar som huvudman. Av artiklarna framgår vidare att medlemsstaterna kan genomföra artiklarna på det sättet att en upphandlande myndighet eller enhet *ska* begära att en leverantör i sitt anbud lämnar ovan nämnda uppgifter.

Överväganden beträffande genomförandet av artiklarna finns i Upphandlingsutredningen 2004:s delbetänkande (SOU 2005:22 s. 298 och 493) och i prop. 2006/07:128 (s. 350 f. och 499).

Som framgår av övervägandena i delbetänkandet och propositionen bedömdes det inte finnas något behov av att i lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ta in artiklarnas bestämmelser om att regleringen inte skulle påverka en leverantörs ansvar som huvudman. Såväl utredningen som regeringen bedömde att detta redan följde av svensk rätt. Innebörden av svensk rätt var bl.a. att en upphandlande myndighet eller enhet skulle rikta sina krav på hur ett kontrakt fullgjordes mot entreprenören och inte mot de underentreprenörer som entreprenören hade anlitat.

Det bedömdes vidare inte finnas någon anledning att utnyttja möjligheterna enligt artiklarna att införa regelverket som en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att kräva uppgifter om underentreprenörer enligt artiklarna.

I propositionen (s. 350) erinrades dessutom om en leverantörs allmänna rätt att använda sig av annat företag för att fullgöra ett kontrakt. Regeringen hänvisade därvid till EU-domstolens avgörande i mål C-314/01, *Siemens och ARGE Telekom*.

Ovanstående överväganden ledde till att artikel 25 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 37 i 2004 års LUF-direktiv genomfördes genom nuvarande 6 kap. 11 § LOU och 6 kap. 12 § LUF.

Utöver ovan nämnda avgörande från EU-domstolen bör även nämnas avgörandet från samma domstol i mål C-94/12, *Swm Costruzioni och Mannocchi Luigino*. Tolkningsfrågan i målet rörde en fråga om huruvida krav i fråga om val av leverantör kunde uppfyllas genom att leverantören åberopade att flera andra företags kapacitet skulle utnyttjas. Då frågan är intimt sammankopplad med möjligheten att faktiskt fullgöra ett kontrakt med hjälp av underleverantörer är avgörandet av intresse även för nu aktuella frågor. I avgörandet (punkt 34) anförde domstolen att en leverantörs möjlighet att åberopa inte bara en utan flera andra leverantörers kapacitet bidrar till att öppna upp offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt. Detta gagnar enligt domstolen inte bara leverantörerna utan även de upphandlande myndigheterna. Domstolen fann vidare att tolkningen dessutom bidrar till att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar vilket enligt skäl 32 i 2004 års LOU-direktiv är ett av det direktivets mål.

10.2.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Skälen

Frågor om leverantörers möjligheter att anlita underleverantörer för fullgörande av kontrakt behandlas i skäl 105 i LOU-direktivet och skäl 110 i LUF-direktivet.

I skälen framhålls vikten av att även underleverantörer iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter när de fullgör kontrakt. Att så sker säkerställs enligt skälen genom lämpliga åtgärder från behöriga nationella myndigheter inom ramen för deras ansvar och befogenheter. Som exempel på sådana myndigheter nämns i skälen yrkesinspektioner och miljövårdsmyndigheter.

Det är vidare enligt skälen nödvändigt att säkerställa viss öppenhet i underleverantörskedjan. En sådan öppenhet ger nämligen upphandlande myndigheter och enheter information om vem som närvarar på de platser där kontrakten fullgörs.

Avslutningsvis anges i skälen att direktbetalning till underleverantörer bör kunna användas och att det bör kunna kontrolleras om underleverantörer befinner sig i uteslutningsgrundande situationer.

Även om ovan berörda skäl inte uttryckligen behandlar frågan om vilken betydelse bestämmelserna om underleverantörer har för små och medelstora företag, får det antas att små och medelstora företags behov har varit ett tydligt tema även för utformningen av dessa bestämmelser.

Artiklarna

Bestämmelserna om anlitan av underleverantörer finns i artikel 71 i LOU-direktivet och artikel 88 i LUF-direktivet. Artiklarna finns i kapitlet fullgörande av kontrakt i båda direktiven. Båda artiklarna består av åtta punkter.

I artikel 71.1 i LOU-direktivet och artikel 88.1 i LUF-direktivet anges att det ska säkerställas att även underleverantörer iakttar de skyldigheter som avses i artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet. Med tanke på artiklarnas placering får det antas att det som ska säkerställas är att det tilldelade kontraktet fullgörs i enlighet med nyss nämnda skyldigheter. Det föreskrivs vidare att skyldigheternas iakttagande ska säkerställas genom lämpliga åtgärder som vidtas av behöriga nationella myndigheter.

Artikel 71.2 i LOU-direktivet och artikel 88.2 i LUF-direktivet innehåller bestämmelser om att en upphandlande myndighet eller enhet får begära att vissa uppgifter om underleverantörer ska lämnas i ett anbud. Som artiklarna är formulerade kan medlemsstaterna välja att genomföra dem genom obligatoriska regler, dvs. att myndigheten eller enhet ska begära att uppgifterna ska lämnas i anbudet. Regleringen tycks ta sikte på hur en leverantör planerar att fullgöra det kontrakt som upphandlingen avser. Detta följer av ordvalet ”som kan komma att” läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer ”som föreslås”. De uppgifter som lämnas tycks sålunda inte binda leverantören att fullgöra kontraktet i enlighet med dessa.

I artikel 71.3 i LOU-direktivet och artikel 88.3 i LUF-direktivet finns bestämmelser om betalning från en upphandlande myndighet eller leverantör direkt till en underleverantör. Bestämmelserna i dessa punkter är inte obligatoriska för medlemsstaterna att genomföra.

I likhet med motsvarande artiklar i 2004 års upphandlingsdirektiv innehåller artiklarna, artikel 71.4 i LOU-direktivet och artikel 88.4 i LUF-direktivet, bestämmelser om att ”huvudentreprenörens” ansvar inte påverkas av punkterna 1–3 i artiklarna.

Artikel 71.5 i LOU-direktivet och artikel 88.5 i LUF-direktivet innehåller bestämmelser om att vissa uppgifter ska lämnas innan fullgörandet av vissa typer av kontrakt påbörjas. En sådan uppgiftsskyldighet gäller också för ändringar av uppgifterna under kontraktets löptid.

När det gäller vilka typer av underleverantörer som en leverantör ska lämna uppgifter om är bestämmelsen i artikel 71.5 fjärde stycket i LOU-direktivet och artikel 88.5 fjärde stycket i LUF-direktivet av intresse. I dessa stycken anges att första styckena i båda punkterna inte ska gälla för varuleverantörer. Med regleringen får antas avses varuleverantörer som underleverantörer. Det innebär att skyldigheten att lämna uppgifter inte avser uppgifter om underleverantörer som är varuleverantörer.

Av punkten framgår vidare att en upphandlande myndighet eller enhet får utvidga uppgiftsskyldigheten. Det kan därvid noteras att det i den exemplifierande uppräknings i artikel 71.5 femte stycket b i LOU-direktivet och artikel 88.5 femte stycket b i LUF-direktivet anges att uppgiftsskyldigheten kan utvidgas till att avse uppgifter om ”underleverantörer till huvudentreprenörens underleverantörer, eller ännu längre ned i underleverantörskedjan”.

Artikel 71.6 i LOU-direktivet och artikel 88.6 i LUF-direktivet innehåller en exemplifierande uppräkningslista av vilka lämpliga åtgärder som får vidtas i syfte att undvika att skyldigheterna som avses i artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet åsidosätts.

I artikel 71.7 i LOU-direktivet och artikel 88.7 i LUF-direktivet anges att medlemsstaterna får införa ”strängare ansvarsregler” eller ”gå längre” i fråga om direktbetalning till underleverantörer.

De sista punkterna, artikel 71.8 i LOU-direktivet och artikel 88.8 i LUF-direktivet, innehåller vissa närmare bestämmelser om hur punkterna 3, 5 och 6 bör genomföras

10.2.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om en huvudleverantörs ansvar i artikel 71.4 i LOU-direktivet och artikel 88.4 i LUF-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om anlitan av underleverantör. Övriga bestämmelser om anlitan av underleverantör i artikel 71 i LOU-direktivet och artikel 88 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag. Bestämmelserna i artikel 71.5 andra och femte styckena och artikel 71.7 i LOU-direktivet och artikel 88.5 andra och femte styckena och artikel 88.7 i LUF-direktivet som medger att ytterligare föreskrifter om anlitan av underleverantörer meddelas bör dock inte utnyttjas.

Skälen för utredningens förslag

Allmänt om rätten att anlita underleverantörer för fullgörande av kontrakt

Bestämmelserna om anlitan av underleverantörer i 2014 års upphandlingsdirektiv innebär lika lite som motsvarande bestämmelser i 2004 års upphandlingsdirektiv att en leverantörs rätt att ta hjälp av underleverantörer för ett kontrakts fullgörande begränsas. Vad de upphandlingsrättsliga reglerna om anlitan av underleverantörer framförallt syftar till är i stället att upphandlande myndigheter och enheter ska ges möjligheter att kontrollera om

fullgörandet av ett kontrakt kommer att ske eller sker i enlighet med de villkor som har fastställts för fullgörandet.

När det gäller frågan om vilka villkor som kan ställas från upphandlingsrättsliga utgångspunkter för ett kontrakts fullgörande, är det ytterst de allmänna bestämmelserna om fullgörande av kontrakt som styr (se artiklarna 70, 72 och 73 i LOU-direktivet och artiklarna 87, 89 och 90 i LUF-direktivet). Det innebär att villkor för fullgörandet av ett kontrakt som inte är tillåtna när en leverantör fullgör kontraktet själv inte heller är tillåtna när kontraktet fullgörs med hjälp av en eller flera underleverantörer. Detsamma gäller för ändring av kontrakt under löptiden och uppsägning av kontrakt.

Det som sagts i stycket närmast ovan beträffande villkor för ett kontrakts fullgörande gäller även för villkor som hänför sig till sådana skyldigheter som avses i artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet (se även avsnitt 3.2.4). Detta förtjänar att påpekas i detta sammanhang, då bestämmelserna i artikel 71.1 i LOU-direktivet och artikel 88.1 i LUF-direktivet kan ge sken av att skapa en självständig ordning för sådana villkor när ett kontrakt fullgörs med hjälp av en eller flera underleverantörer. Vad som är tillåtet i detta hänseende följer alltså av de allmänna bestämmelserna om fullgörande av kontrakt. Hänvisningarna till artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet får därmed närmast ses som en erinran om att det som sägs i dessa artiklar även omfattar hur underleverantörer fullgör kontrakt.

Flera av punkterna i artikel 71 i LOU-direktivet och artikel 88 i LUF-direktivet ger uttryck för de allmänna utgångspunkter som har beskrivits ovan. Bestämmelserna i dessa punkter genomförs lämpligen genom en allmän bestämmelse om rätten att anlita underleverantörer och som erinrar om skyldigheterna som avses i artikel 18.2 i LOU-direktivet och artikel 36.2 i LUF-direktivet. Med en sådan bestämmelse i respektive ny lag behövs inga ytterligare bestämmelser för att genomföra artikel 71.1, 71.5 tredje stycket, 71.6 och 71.8 i LOU-direktivet och artikel 88.1, 88.5 tredje stycket, 88.6 och 88.8 i LUF-direktivet.

Bestämmelserna om en huvudleverantörs ansvar i artikel 71.4 i LOU-direktivet och artikel 87.4 i LUF-direktivet motsvarar artikel 25 andra stycket i 2004 års LOU-direktiv och artikel 37 andra meningen i 2004 års LUF-direktiv. Som anfördes redan i förarbetena vid genomförandet av 2004 års artiklar, finns det inte något behov av att i lagarna om offentlig upphandling och om

upphandling inom försörjningssektorerna ta in bestämmelser om att regleringen om underleverantörer inte ska påverka en leverantörs ansvar som huvudman. Artikel 71.4 i LOU-direktivet och artikel 87.4 i LUF-direktivet bör sålunda inte genomföras genom särskilda föreskrifter om anlitande av underleverantör i de nya författningarna om upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Uppgifter som ska lämnas om underleverantörer

Artikel 71 i LOU-direktivet och artikel 88 i LUF-direktivet kan sägas innehålla två olika bestämmelser som tar sikte på uppgifter om underleverantörer som ska lämnas. Den första rör uppgifter om hur en leverantör planerar att ett kontrakt ska fullgöras beträffande anlitande av underleverantör. Den andra siktar in sig på uppgifter om underleverantörer som ska lämnas innan fullgörandet av ett kontrakt påbörjas.

Den första bestämmelsen finns i artikel 71.2 i LOU-direktivet och artikel 88.2 i LUF-direktivet. Av ordvalen i punkterna följer att det rör sig om att en leverantör på begäran från en upphandlande myndighet eller enhet ska lämna uppgifter om hur den planerar att fullgöra ett kontrakt med avseende på frågan om huruvida underleverantörer kommer att användas. I detta ligger också att uppgifterna i fråga inte är förpliktigande för leverantören i förhållande till den upphandlande myndigheten eller enheten. Det finns således inget som hindrar att ändrade förhållanden i ett eller annat avseende medför att leverantören ändrar sin planering angående hur kontraktet ska fullgöras.

Som framgår av punkterna i artiklarna får den upphandlande myndigheten eller enheten välja om den ska begära in uppgifterna eller ej. Det finns enligt utredningens bedömning ingen anledning att utnyttja möjligheterna att genomföra punkterna som obligatoriska bestämmelser. Om en myndighet eller enhet dock väljer att begära in uppgifterna, ska begäran framställas i något av upphandlingsdokumenten.

Bestämmelserna utgör inte grund för att ifrågasätta lämnade uppgifter om planering såvitt gäller ett kontrakts fullgörande med avseende på anlitande av underleverantörer. Den bedömning en leverantör gör i frågan om huruvida underleverantörer måste anlitas för ett kontrakts fullgörande kan således inte ifrågasättas med stöd

av nu aktuella bestämmelser. Bestämmelserna kan enbart användas för att ifrågasätta en leverantörs anbud om uppgifter i frågan saknas helt. Det kan i sådana fall finnas grund för att lämna anbudet utan avseende.

Den *andra* bestämmelsen finns i artikel 71.5 i LOU-direktivet och artikel 88.5 i LUF-direktivet. Dessa punkter tar sikte på uppgifter som ska lämnas av den leverantör som har tilldelats kontraktet. Uppgifterna som avses ska lämnas innan kontraktets fullgörande påbörjas. Till skillnad från den första bestämmelsen *ska* den upphandlande myndigheten begära att uppgifterna lämnas. Skyldigheten att begära in uppgifterna begränsar sig dock till vissa närmare angivna kontrakt. Bestämmelsen begränsar sig dessutom till vissa närmare angivna uppgifter om underleverantörerna.

Punkterna, artikel 71.5 i LOU-direktivet och artikel 88.5 i LUF-direktivet, ställer inte något krav på att uppgifter ska lämnas om underleverantörer som är varuleverantörer. Hur det ska fastställas att en underleverantör är en varuleverantör i artiklarnas mening är oklart. Då gränsdragningen är av betydelse för ett upphandlingsrättsligt krav ligger det enligt utredningens mening nära till hands att tillämpa definitionen av varukontrakt. Om anskaffningen från underleverantören är att karaktärisera som anskaffning av sådana varor som avses enligt definitionen av varukontrakt, bör underleverantören i så fall anses vara en varuleverantör. Detta får dock ytterst avgöras i rättstillämpningen.

Vad som gäller i fråga om varuleverantörer och den första bestämmelsen är oklart. Regleringen i artikel 71.2 i LOU-direktivet och artikel 88.2 i LUF-direktivet tycks inte innehålla motsvarande begränsning såvitt avser varuleverantörer. Det framstår som inkonsekvent att begränsningen inte skulle gälla även för dessa artiklar. Det finns dock enligt utredningen inte tillräckligt vägande skäl för att avvika från utredningens huvudmetod att genomföra artiklarna så direktivnära som möjligt. Detta innebär att det i de bestämmelser som genomför artikel 71.2 i LOU-direktivet och artikel 88.2 i LUF-direktivet inte bör finnas några begränsningar avseende varuleverantörer.

Avslutningsvis ska frågan om uppgifter om underleverantörer i en underleverantörskedja beröras. Artiklarna synes nämligen inte begränsa uppgiftskyldigheten till uppgifter om underleverantörer i det första ledet utan tycks omfatta hela underleverantörskedjor. Att det skulle förhålla sig på det sättet framstår dock som orimligt. Som framgått måste artiklarna ses i ljuset av de allmänna bestäm-

melserna om fullgörande av kontrakt. Det innebär att även tillämpningen av bestämmelserna i artikel 71 i LOU-direktivet och artikel 88 i LUF-direktivet ska stå i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen som den tillämpas på detta specifika område. Ytterligare stöd för att bestämmelserna siktar in sig enbart på det första ledet i en underleverantörskedja finns i artikel 71.5 femte stycke b i LOU-direktivet och artikel 88.5 femte stycket b i LUF-direktivet. Sammantaget bedömer utredningen att begreppet underleverantör i artiklarnas mening får anses omfatta enbart underleverantörer till den leverantör som har tilldelats kontraktet. Att begreppet ges denna betydelse i upphandlingslagarna påverkar inte en leverantörs möjligheter att anordna fullgörandet av kontraktet genom mer eller mindre långa underleverantörskedjor.

Betalning direkt till en underleverantör

Artikel 71.3 i LOU-direktivet och artikel 88.3 i LUF-direktivet innehåller bestämmelser om att en underleverantör ska kunna begära att en upphandlande myndighet ska betala för ett kontrakts fullgörande direkt till underleverantören. Bestämmelserna i punkterna är inte obligatoriska att genomföra för medlemsstaterna.

Enligt utredningen kan det ifrågasättas om man i upphandlingsregelverket bör meddela föreskrifter om betalningsmottagare för ersättning som gäller ett kontrakts fullgörande. Det är en fråga som enligt utredningen lämpligen bör lämnas till involverade parter (upphandlande myndighet/enhet, leverantör och underleverantör) att hantera inom ramen för avtalsfriheten. Denna bedömning vinner enligt utredningens uppfattning också stöd i att EU-lagstiftaren enligt artikeln sett det som nödvändigt att myndigheten eller enheten bör konstruera en ordning som möjliggör för leverantören att invända mot betalningen till underleverantören.

Artiklarnas bestämmelser om direktbetalning får antas vara motiverade av ett av de mer tongivande syftena med de nya upphandlingsdirektiven. Såvitt utredningen kan bedöma är bestämmelserna framförallt förestavade av strävan att anpassa upphandlingar till de små och medelstora företagens förutsättningar.

Det ovan anförda skälen emot ett genomförande är dock enbart rena lämplighetsskäl, låt vara att utredningen anser att dessa skäl väger tungt som skäl emot att införa sådana regler i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjnings-

sektorerna. Enligt utredningen finns det dock inga invändningar av lagteknisk karaktär att rikta mot bestämmelserna. Sammantaget bedömer utredningen sålunda att artiklarnas bestämmelser om direktbetalning bör genomföras i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Däremot anser utredningen att det saknas anledning att utnyttja möjligheten i artikel 71.7 i LOU-direktivet och artikel 88.7 i LUF-direktivet att införa ytterligare regler på området.

Sammanfattande slutsatser

Bestämmelserna om en huvudleverantörs ansvar i artikel 71.4 i LOU-direktivet och artikel 88.4 i LUF-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om anlitande av underleverantör i de nya författningarna om upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Övriga bestämmelser om anlitande av underleverantör i artikel 71 i LOU-direktivet och artikel 88 i LUF-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna i artikel 71.5 andra och femte styckena och artikel 71.7 i LOU-direktivet och artikel 88.5 andra och femte styckena och artikel 88.7 i LUF-direktivet som medger att ytterligare föreskrifter om anlitande av underleverantörer meddelas bör dock inte utnyttjas. Föreskrifterna som genomför artikel 71 i LOU-direktivet och artikel 88 i LUF-direktivet bör placeras i kapitlet Fullgörande av kontrakt.

10.3 Ändring av kontrakt under löptiden

10.3.1 Nuvarande ordning

Varken i nuvarande lag om offentlig upphandling eller i nuvarande lag om upphandling inom försörjningssektorerna anges några regler som uttryckligen tar sikte på ändringar i kontrakt under löptiden. Däremot kan man av möjligheterna till förhandlat förfarande utan annonsering sluta sig till att vissa ändringar av förhållandena under löptiden kan kvalificera för att en ny upphandling kan göras utan ett sådant uppsökande av konkurrens som ett ordinärt upphandlingsförfarande är avsett att säkerställa.

Således anges i nuvarande 4 kap. 7 § LOU att förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas när det är fråga om kompletterande leveranser av varor avsedda som delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de första anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.

Bestämmelsen kan enligt sin ordalydelse avse både leveranser efter det att kontraktet löpt ut och kompletterande leveranser under löptiden. Ett sådant kompletterande avtal får inte avse längre tid än tre år om det inte finns särskilda skäl.

Ungefär motsvarande bestämmelser finns i nuvarande 4 kap. 8 § LOU beträffande kompletterande byggtreprenader eller tjänster.

Motsvarande bestämmelser inom försörjningsområdet finns i nuvarande 4 kap. 2 § LUF.

I praxis från EU-domstolen har ytterligare förutsättningar för ändring av kontrakt utvecklats. Det är denna praxis som man försökt att överföra och kodifiera i 2014 års upphandlingsdirektiv, se följande avsnitt.

10.3.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Den närmare innebörden av bestämmelserna om ändring av kontrakt under löptiden i artikel 72 i LOU-direktivet och artikel 89 i LUF-direktivet är enligt utredningens mening något oklar. Med ledning av det som EU-lagstiftaren anför i skälen i direktiven (skälen 107–112 i LOU-direktivet och skälen 113–118 i LUF-direktiven) kan det dock antas att EU-lagstiftaren genom bestämmelserna har önskat få till stånd en kodifiering av rättspraxis. Praxisen rör frågan om huruvida ett kontrakt kan ändras utan att ändringen för den skull erfordrar att en ny upphandling genomförs. Det centrala avgörandet på området är EU-domstolens dom i mål C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur* (jfr även sammanfattningen av praxis i EU-domstolens dom i mål C-91/08, *Wall*, punkten 37).

Mot bakgrund av utformningen av bestämmelserna om ändring av kontrakt i upphandlingsdirektiven, uttalandena i skälen i samma direktiv och ovan nämnda praxis anser utredningen att det i bestämmelserna kan urskiljas fyra huvudmoment. Dessa moment består av en huvudregel och tre grupper av undantagsbestämmelser.

Huvudregeln innebär att ett kontrakt eller ett ramavtal inte får ändras utan att det genomförs en ny upphandling (artikel 72.5 i LOU-direktivet och artikel 89.5 i LUF-direktivet).

Den första gruppen av undantagsbestämmelser finns i artikel 72.2 i LOU-direktivet och artikel 89.2 i LUF-direktivet. Bestämmelserna tar sikte på ändringar av mindre värde.

Den andra gruppen av undantagsbestämmelser finns i artikel 72.1 första stycket a–d i LOU-direktivet och artikel 89.1 första stycket a–d i LUF-direktivet. Bestämmelserna tar sikte på de specifika situationer som räknas upp i leden a–d. Det rör sig om ändringsklausuler (led a), kompletterande inköp (led b), oförutsebara omständigheter (led c) och byte av leverantör (led d).

Den tredje och sista gruppen av undantagsbestämmelser finns i artikel 72.1 första stycket e och 72.4 i LOU-direktivet och artikel 89.1 första stycket e och 89.4 i LUF-direktivet. Bestämmelserna medger att undantag får göras från huvudregeln trots att förhållandena är sådana att de mer specifika undantagssituationerna enligt undantagsbestämmelserna i de första och andra grupperna inte föreligger. Den tredje gruppen av undantagsbestämmelser siktar sålunda in sig på övriga situationer. En förutsättning för att kunna gör undantag med stöd av dessa bestämmelser är att ändringarna inte är att anse som väsentliga.

Ovan beskrivna huvudmoment i regleringen kompletteras med särskilda bestämmelser om offentliggörande (artikel 72.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 89.1 andra stycket i LUF-direktivet) och en särskild beräkningsregel (artikel 72.3 i LOU-direktivet och artikel 89.3 i LUF-direktivet).

10.3.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna i artikel 72.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 89.1 andra stycket i LUF-direktivet om vad ett meddelande om ändring ska innehålla och om hur en upphandlande myndighet ska gå till väga för att offentliggöra ett sådant meddelande ska genomföras genom föreskrifter i förordning. Övriga bestämmelser om ändring av kontrakt under löptiden i artikel 72 i LOU-direktivet och artikel 89 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Bestämmelserna i artikel 72.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 89.1 andra stycket i LUF-direktivet om vad ett meddelande om ändring ska innehålla och om hur en upphandlande myndighet ska gå till väga för att offentliggöra ett sådant meddelande är föreskrifter av närmast administrativ karaktär som kan genomföras genom föreskrifter i förordning.

Övriga bestämmelser i artikel 72 i LOU-direktivet och artikel 89 i LUF-direktivet har en materiell innebörd av avgörande betydelse för upphandlande myndighet/enhet och ska genomföras med endast redaktionella avvikelser från artiklarnas ordalydelse genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Dessa föreskrifter bör placeras i kapitlet Fullgörande av kontrakt.

Föreskrifterna om tillvägagångssättet vid offentliggörande av meddelande om ändring av kontrakt under löptiden och som ska meddelas i förordning bör ingå i de paragrafer som genomför artikel 51 i LOU-direktivet och artikel 71 i LUF-direktivet. Föreskrifterna om vad ett meddelande om ändring ska innehålla och som också ska meddelas genom förordning bör utformas på samma sätt som de föreskrifter som genomför övriga bestämmelser i bilaga V till LOU-direktivet och bilaga XVI till LUF-direktivet. Utredningen lämnar dock inte något förslag på hur dessa föreskrifter närmare bör utformas.

10.4 Uppsägning av kontrakt

10.4.1 Nuvarande ordning

Frågor om uppsägning av kontrakt gäller noga taget skedet efter det att kontrakt skrivits och alltså upphandlingen avslutats. Varken i nuvarande lag om offentlig upphandling eller i nuvarande lag om upphandling inom försörjningssektorerna finns därför uttryckliga regler om förutsättningarna för uppsägning. Inte heller i 2004 års upphandlingsdirektiv har sådana regler funnits.

10.4.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Reglerna om uppsägning av kontrakt finns i artikel 73 i LOU-direktivet och artikel 90 i LUF-direktivet. Motiven för dessa artiklar framgår delvis av skäl 112 i LOU-direktivet respektive skäl 118 i LUF-direktivet.

10.4.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om uppsägning av kontrakt i artikel 73 i LOU-direktivet och artikel 90 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

En anledning till att särskilda regler för uppsägning av kontrakt har saknats kan vara att en upphandling ju syftar till att ett kontrakt ska komma till stånd. Därav följer att kontraktets avtalsrättsliga verkningar lyder under respektive medlemsstats avtalsrätt i vilket fall det kan sägas saknas skäl att särskilt reglera förhållandet i förfarandedirektiv.

Det är dock uppenbart att det kan finnas behov av också uttryckliga upphandlingsregler som ger besked om några fall där EU-lagstiftaren anser att giltig uppsägningsgrund föreligger. Artiklarna 73 i LOU-direktivet respektive 90 i LUF-direktivet innehåller några sådana regler.

Enligt dessa artiklar ska medlemsstaterna se till att de upphandlande myndigheterna "åtminstone" under de omständigheter som anges och enligt regler som fastställs i nationell rätt har möjlighet att säga upp kontrakt under dess löptid. Av det citerade ordet följer att den uppräknade som anges i artikeln inte är uttömmande.

Enligt utredningens mening kan uppsägningsgrunderna till sin karaktär beskrivas så att den första grunden avser situationen att en ändring har tillåtits som egentligen i stället borde ha lett till en ny upphandling (jfr vad som tidigare sagts om ändring av kontrakt under löptiden).

De övriga två uppsägningsgrunderna avser att komma till rätta med missbedömningar som gjorts under upphandlingsförfarandet och som medfört att ett kontrakt tilldelats någon som egentligen inte

borde ha fått kontraktet. Det ska alltså röra sig om att leverantören befunnit sig i en sådan situation som utlöser en skyldighet för upphandlande myndighet att utesluta vederbörande. Det kan också vara fråga om att kontraktet inte borde ha tilldelats leverantören på grund av att denne allvarligt åsidosatt sina skyldigheter enligt fördragen eller direktiven och detta har fastställts av EU-domstolen enligt artikel 258 i EUF-fördraget.

Sammanfattningsvis ska bestämmelserna om uppsägning av kontrakt i artikel 73 i LOU-direktivet och artikel 90 i LUF-direktivet genomföras med endast redaktionella avvikelser från artiklarnas ordalydelser genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Dessa föreskrifter bör placeras i kapitlet Fullgörande av kontrakt.

11 Sociala tjänster och andra särskilda tjänster

11.1 Inledning

I kapitlet om sociala tjänster och andra särskilda tjänster i 2014 års upphandlingsdirektiv finns fyra av de artiklar som omfattas av utredningens uppdrag. Dessa fyra artiklar reglerar följande områden:

- tilldelning av kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster (artikel 74 i LOU-direktivet och artikel 91 i LUF-direktivet),
- offentliggörande av meddelanden (artikel 75 i LOU-direktivet och artikel 92 i LUF-direktivet),
- principer för tilldelning av kontrakt (artikel 76 LOU-direktivet och artikel 93 i LUF-direktivet) och
- reserverade kontrakt för vissa tjänster (artikel 77 LOU-direktivet och artikel 94 i LUF-direktivet).

11.2 Kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster

11.2.1 Nuvarande ordning

För vissa typer av tjänster är endast några få av bestämmelserna i 2004 års upphandlingsdirektiv tillämpliga. Vilka typer av tjänster det rör sig om anges i del B i bilaga II till 2004 års LOU-direktiv och i del B i bilaga XVII till 2004 års LUF-direktiv. Kontrakt avseende sådana s.k. B-tjänster omfattas enligt artikel 21 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 32 i 2004 års LUF-direktiv endast av

respektive direktivs bestämmelser om tekniska specifikationer och meddelanden om kontraktstilldelning.

EU-lagstiftarens motiv till att förfarandena vid upphandling av sådana tjänster som avses i ovan nämnda bilagor ansågs inte böra samordnas i samma utsträckning som förfarandena vid upphandling av andra tjänster, varor och byggtreprenader kommer till uttryck i skäl 19 i 2004 års LOU-direktiv och skäl 18 i 2004 års LUF-direktiv. Enligt skälen bör den fulla tillämpningen av direktiven vid upphandling av tjänster begränsas under en övergångsperiod. Det anges därvid att direktiven bör tillämpas fullt ut enbart på sådana tjänstekontrakt där direktivens bestämmelser kommer att göra det möjligt att utnyttja alla möjligheter till ökad handel över gränserna. Uttryckt på ett annat sätt innebär det att direktiven anses inte böra tillämpas fullt ut på tjänster som inte har ett sådant gränsöverskridande intresse att det motiverar att tilldelning av kontrakt sker efter en konkurrensutsättning i enlighet med upphandlingsdirektivens regelverk (se Andrea Sundstrand, Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Stockholm, 2012, s. 104).

Ovanstående beskrivna begränsade tillämpning av upphandlingsdirektivens bestämmelser har i nu gällande lagar om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna genomförts med hjälp av nuvarande 15 kap. i både LOU och LUF. Ordningen innebär att tjänster som avser B-tjänster som utgångspunkt ska upphandlas enligt bestämmelserna i nämnda 15 kap. Kapitlet gäller också för upphandlingar som avser kontrakt vars värden understiger tillämpliga tröskelvärden (se nuvarande 1 kap. 2 § andra stycket i och bilaga 3 till både LOU och LUF).

11.2.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Skälen

I skälen 113 och 114 i LOU-direktivet och skälen 119 och 120 i LUF-direktivet hänvisar EU-lagstiftaren till en av EU-kommissionen genomförd utvärdering av 2004 års upphandlingsdirektiv. Med stöd av denna utvärdering uttalas i skälen att tillämpningen av 2014 års upphandlingsdirektiv bör utsträckas till att gälla fullt ut för en rad tjänster. Samtidigt framhålls att vissa tjänster på grund av sin natur fortfarande har en begränsad gränsöverskridande dimension.

På sådana tjänster, s.k. personliga tjänster, bör ett tröskelvärde tillämpas som är högre än det som tillämpas på övriga tjänster. Även om värdet på sådana personliga tjänster överstiger tillämpligt tröskelvärde, ska upphandlingsdirektiven inte tillämpas fullt ut. Det anges därvid att med hänsyn till betydelsen av det kulturella sammanhanget och tjänsternas känslighet bör medlemsstaterna vid upphandling av sådana tjänster ges stor frihet att organisera valet av tjänsteleverantör på det sätt som staterna finner lämpligast.

Medlemsstaternas ovan beskrivna behov av handlingsfrihet har enligt skälen beaktats i 2014 års upphandlingsdirektiv. I direktiven föreskrivs därför endast att vissa grundprinciper om öppenhet och likabehandling ska iakttas och att vissa särskilda krav för val av leverantörer ska kunna användas. I skälen framhålls att medlemsstaterna när de bestämmer hur regleringen av aktuella tjänster ska te sig, bör sträva efter att fullfölja målen om att förenkla och lätta den administrativa bördan för upphandlande myndigheter och enheter och för leverantörer. I det sammanhanget klargörs också i skälen att man beträffande nu aktuella tjänster kan behöva återropa direktivens övriga regler som är tillämpliga på tjänstekontrakt i allmänhet.

I skälen i 2014 års upphandlingsdirektiv motiveras därefter varför vissa närmare angivna tjänster bör tillhöra den grupp av tjänster för vilka direktiven inte bör gälla fullt ut (skälen 115–117 i LOU-direktivet och skälen 121–123 i LUF-direktivet).

Avslutningsvis bör noteras det som anförs i skäl 119 i LOU-direktivet och skäl 125 i LUF-direktivet. I dessa skäl anges att tjänsterna i fråga lämpligen bör identifieras genom hänvisningar till specifika poster i den gemensamma terminologin vid offentlig upphandling som har antagits genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV). För att undvika rättsosäkerhet bör det enligt skälen klargöras att en hänvisning enligt nämnda förordning till en huvudgrupp inte implicit innebär en hänvisning till underavdelningar. En heltäckande hänvisning bör i stället göras explicit genom att alla relevanta poster nämns och, där så är lämpligt, genom ett intervall av koder.

Artiklarna

Av artikel 74 i LOU-direktivet och artikel 91 i LUF-direktivet framgår att kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilagorna XIV och XVII till respektive direktiv ska tilldelas enligt 1 kap. i direktivens avdelning III, när värdet på kontrakten uppgår till eller överstiger tillämpliga tröskelvärden enligt artikel 4 d i LOU-direktivet, 750 000 EUR, och artikel 15 c i LUF-direktivet, 1 000 000 EUR.

För tilldelning av kontrakt som rör sådana tjänster som avses i ovan nämnda bilagor gäller alltså artiklarna 75 och 76 i LOU-direktivet och artiklarna 92 och 93 i LUF-direktivet. Dessa artiklar innehåller dels bestämmelser om offentliggörande av meddelanden, dels bestämmelser om principer för tilldelning av kontrakt. Behovet av handlingsfrihet för medlemsstaterna som nämns i skälen tillgodoses genom de allmänt hållna bestämmelserna om principer för tilldelning av kontrakt. Dessa allmänt hållna bestämmelser bildar ramarna för medlemsstaternas genomförande av regelverket för tilldelning av kontrakt som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

11.2.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om sociala tjänster och andra särskilda tjänster i artiklarna 74–76 i LOU-direktivet och artiklarna 91–93 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag. Föreskrifterna ska motsvara den ordning som gäller för B-tjänster enligt nuvarande 1 kap. 2 § andra stycket 1 i både LOU och LUF.

Skälen för utredningens förslag

Lagteknisk metod för genomförandet

Bestämmelserna som genomför artiklarna 74–76 i LOU-direktivet och artiklarna 91–93 i LUF-direktivet bör samlas i ett och samma kapitel i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Det är dock inte givet hur detta bör genomföras rent lagtekniskt. Med tanke på att båda de nya lagarna kommer att ha ett kapitel som motsvarar nuvarande

15 kap. LOU och 15 kap. LUF, finns det stöd för att lösa genomförandet av artiklarna på ett sätt som motsvarar dagens lösning när det gäller B-tjänster.

Ett skäl emot en sådan lösning skulle kunna vara att upphandling av sociala och andra särskilda tjänster under de för dessa tjänster tillämpliga tröskelvärdena över huvud taget inte bör omfattas av ett regelverk som motsvarar det som i dag gäller för B-tjänster. Ordningen i 2014 års upphandlingsdirektiv kan sägas innebära att vissa B-tjänster har förts från en grupp av tjänster som styrs av ett fåtal bestämmelser i 2004 års direktiv till en annan som styrs av 2014 års direktiv i dess helhet. Denna precisering i 2014 års direktiv av vilka tjänster som typiskt sett inte bör omfattas av upphandlingsdirektivens regelverk i dess helhet kan givetvis användas som argument för att regleringsnivån beträffande dessa tjänster bör vara lägre än den som i dag gäller för B-tjänster.

Det ska i detta sammanhang noteras att Upphandlingsutredningen 2010 i sitt slutbetänkande (SOU 2013:12 s. 283) bedömde att det borde övervägas att ta tillvara det nationella handlingsutrymme som följde av EU-kommissionens förslag till upphandlingsdirektiv i fråga om den särskilda regleringen av sociala tjänster. Ett fåtal remissinstanser synes ha uttalat sig angående Upphandlingsutredningen 2010:s bedömning i den delen. En av remissinstanserna, SKL, var dock tydliga med att de instämde i utredningens bedömning (dnr S/2013/1826/RU).

Som framgått (se avsnitt 1.3) ingår det inte i utredningens uppdrag att överväga att införa en ordning som avviker från dagens när det gäller sådana upphandlingar som inte omfattas av upphandlingsdirektiven. Det kommer sålunda i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna finnas ett kapitel som motsvarar nuvarande 15 kap. LOU och 15 kap. LUF. Detta gäller oavsett hur utredningen väljer att föreslå hur nu aktuella artiklar ska genomföras.

För genomförandet av artiklarna är det mot denna bakgrund i huvudsak tre alternativ som aktualiseras. Det *första* alternativet innebär att det kapitel i de nya lagarna som motsvarar nuvarande 15 kap. i både LOU och LUF ska gälla för sociala tjänster och andra särskilda tjänster oavsett värdet på upphandlingen i förhållande till tillämpligt tröskelvärde. Det *andra* alternativet innebär att upphandlingar av aktuella tjänster vars värde understiger tillämpligt tröskelvärde inte ska regleras alls i de nya lagarna. Det *tredje* alternativet innebär att tjänsterna i fråga visserligen regleras i den nya lagarna men med

sådana skillnader i förhållande till det ej direktivstyrda området att det blir ogörligt att göra detta i det kapitel i de nya lagarna som kommer att motsvara nuvarande 15 kap. i både LOU och LUF. Beroende på skillnaderna mellan regleringen för tjänsterna över respektive under tröskelvärdena, kan det till och med bli svårt att samla regleringen för dessa tjänster i ett och samma kapitel.

Det andra alternativet är inte en gångbar lösning. Det är enligt utredningen uteslutet att i de nya lagarna inte ha några regler alls som rör sociala tjänster och andra särskilda tjänster under tröskelvärdena. Hur upphandlingar av sådana tjänster över tröskelvärdena bör te sig enligt detta alternativ saknar betydelse.

Det tredje alternativet innebär med nödvändighet att det inom de nya lagarna skapas åtminstone ytterligare ett regelsystem där endast ett fåtal av lagarnas bestämmelser är tillämpliga. Som konstaterats ovan kommer ju de nya lagarna innehålla ett kapitel som motsvarar nuvarande 15 kap. i både LOU och LUF, oavsett hur utredningen föreslår att artiklarna om sociala tjänster och andra särskilda tjänster i 2014 års upphandlingsdirektiv ska genomföras.

Det kan möjligen hävdas att det tredje alternativet bidrar till önskvärd flexibilitet. Enligt utredningen rör det sig emellertid om skenbara vinster för tillämparen. Det framstår nämligen som uppenbart att tillskapandet av ytterligare regleringssystem inom ramen för de nya lagarna skulle ske på bekostnad av lagarnas överskådlighet och därmed försvåra tillämpningen. De positiva effekter som eventuellt kan bli en följd av flexibiliteten överväger inte de risker som följer med ett mer komplicerat regelverk. Mot denna bakgrund ter sig inte heller detta alternativ som lämpligt för att genomföra de aktuella artiklarna.

Enligt utredningens mening bör artiklarna därmed genomföras enligt det första alternativet. Det innebär att sociala tjänster och andra särskilda tjänster kommer att få upphandlas enligt regler i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna som är snarlika dem som gäller för B-tjänster enligt nuvarande regelverk. Detta uppnås om tjänsterna i fråga upphandlas enligt bestämmelserna i kapitlet Offentlig upphandling/Upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling/upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster i de nya lagarna.

Bestämmelser om annonsering

För upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster vars värden överstiger tillämpliga tröskelvärden bör särskilda regler om offentliggörande gälla. Detta löses lagtekniskt lämpligen genom att bestämmelserna i artikel 75 i LOU-direktivet och artikel 92 i LUF-direktivet genomförs genom föreskrifter som placeras i kapitlet Annonsering av upphandling i de nya lagarna. I kapitlet Offentlig upphandling/Upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling/upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster i samma lagar kan därmed hänvisas till dessa föreskrifter.

Reglerna som genomför artikel 75.1 i LOU-direktivet bör placeras i paragraferna med bestämmelser om anbudsinfördran, annons om upphandling och förhandsannons som anbudsinfördran i kapitlet Annonsering av upphandling i den nya lagen om offentlig upphandling. Möjligheten att anlita en förhandsannons som anbudsinfördran ska dock inte reserveras till enbart upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter. Som framgår av artikel 75.1 första stycket b i LOU-direktivet kan denna möjlighet utnyttjas av en upphandlande myndighet oavsett dess status i nyss nämnda hänseende.

Bestämmelserna som genomför artikel 75.2 i LOU-direktivet bör placeras i paragrafen med bestämmelser om efterannons om resultatet av en upphandling i kapitlet Annonsering av upphandling i den nya lagen om offentlig upphandling. Bestämmelserna bör motsvara de som gäller för efterannons om tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Reglerna som genomför artikel 92.1 i LUF-direktivet bör placeras i paragraferna med bestämmelser om anbudsinfördran, annons om upphandling och förhandsannons som anbudsinfördran i kapitlet Annonsering av upphandling i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

I artikel 92.1 första stycket b och c i LUF-direktivet anges att offentliggörandet ska ske "kontinuerligt". Huruvida detta begrepp måste återfinnas i bestämmelserna i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna är avhängigt den valda lagstiftningstekniken i den nya lagen när det gäller annonsering. Som framgått är utgångspunkten att annonseringsreglerna så långt möjligt ska samlas i ett och samma kapitel. Med en sådan teknik är det enligt utredningen av avgörande betydelse att det går att förklara vad ett

begrepp som "kontinuerligt" tillför när det gäller annonsering av upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Enligt utredningens mening är detta dock högst oklart. Då det knappast kan resas några invändningar emot att 92.1 första stycket a och b i LUF-direktivet genomförs på ett sätt som motsvarar hur direktivets bestämmelser om förhandsannons som anbudsinfordran och annons om kvalificeringssystem genomförs i allmänhet, kan begreppet utelämnas i aktuella paragrafer i kapitlet Annonsering av upphandling i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Bestämmelserna som genomför artikel 92.2 i LUF-direktivet bör placeras i paragrafen med bestämmelser om efterannons om resultatet av en upphandling i kapitlet Annonsering av upphandling i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna bör motsvara de som gäller för efterannons om tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpsystem.

I artikel 92.2 första meningen i LUF-direktivet finns inte någon tidsfrist angiven för när en efterannons senast ska skickas in. Precis som när det gäller begreppet "kontinuerligt" ovan begränsar dock den valda lagstiftningstekniken beträffande annonseringsreglerna möjligheterna till ett fullständigt direktivnära genomförande. Det ter sig vidare som naturligt att det bör gälla en tidsfrist för efterannonsering av nu aktuellt slag. Bestämmelsen i 92.2 andra meningen i LUF-direktivet framstår annars som tämligen meningslös. Sammantaget bedömer utredningen att det bör gälla en tidsfrist för sådan efterannonsering som avses i artikel 92.2 första meningen i LUF-direktivet som motsvarar den i artikel 70.1 första stycket i samma direktiv.

Den ovan nämnda hänvisningen i kapitlet Offentlig upphandling/Upphandling som inte omfattas direktivet samt offentlig upphandling/upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster i de båda lagarna utformas lämpligen med nuvarande 15 kap. 2 § tredje stycket LOU och nuvarande 15 kap. 2 § andra stycket LUF som förebild.

När det gäller den nya lagen om offentlig upphandling bör det i paragrafen som motsvarar nuvarande 15 kap. 2 § tredje stycket LOU hänvisas till bestämmelserna om anbudsinfordran, annons om upphandling, förhandsannons som anbudsinfordran och efterannons om resultatet av en upphandling i den nya lagens kapitel om Annonsering av upphandling.

Vad gäller den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör det i paragrafen som motsvarar nuvarande 15 kap. 2 § andra stycket LUF hänvisas till bestämmelserna om anbudsinfordran, annons om upphandling, förhandsannons som anbudsinfordran, annons om kvalificeringssystem och efterannons om resultatet av en upphandling i den nya lagens kapitel om Annonsering av upphandling.

Sammanfattande slutsatser

Bestämmelserna i artiklarna 74–76 i LOU-direktivet och artiklarna 91–93 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Föreskrifterna ska motsvara den ordning som gäller för B-tjänster enligt nuvarande 1 kap. 2 § andra stycket 1 i både LOU och LUF. Det innebär sålunda att sociala tjänster och andra särskilda tjänster får upphandlas enligt bestämmelserna i kapitlet Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster respektive Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster i de nya lagarna. Bestämmelserna om sociala tjänster och andra särskilda tjänster i utredningens lagförslag (87 § i avsnitt 14.1 och 80 § i avsnitt 14.2) bör placeras som ett stycke i de paragrafer som i de nya lagarna motsvarar nuvarande 1 kap. 2 § andra stycket i både LOU och LUF. Vidare bör föreskrifterna som genomför bestämmelserna om offentliggörande i artikel 75 i LOU-direktivet och artikel 92 i LUF-direktivet placeras i kapitlet Annonsering av upphandling i de båda nya lagarna. I kapitlet Offentlig upphandling/Upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling/upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster bör det hänvisas till dessa föreskrifter om annonsering. Vad som är sociala tjänster och andra särskilda tjänster framgår av bilagorna till utredningens lagförslag.

11.3 Reserverade kontrakt för vissa tjänster

11.3.1 Nuvarande ordning

I 2004 års upphandlingsdirektiv finns i och för sig bestämmelser om reserverade kontrakt (se avsnitt 3.3.1). Tillämpningen av dessa bestämmelser är dock inte begränsad till vissa närmare specificerade tjänster. Det finns därför inte heller några sådana bestämmelser i nu gällande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

11.3.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Som framgått ovan i avsnitt 11.2.2 ska bestämmelserna i 2014 års upphandlingsdirektiv inte tillämpas fullt ut på alla typer av tjänster. Vid tilldelning av kontrakt avseende tjänster som anges i bilagorna XIV och XVII till respektive direktiv ska ett system med ett begränsat antal bestämmelser tillämpas. Inom ramen för detta system erbjuder upphandlingsdirektiven dessutom en möjlighet att reservera deltagandet i en upphandling till vissa organisationer (se skäl 118 i LOU-direktivet och skäl 124 i LUF-direktivet). Bestämmelserna finns i direktivens artiklar om reserverade kontrakt för vissa tjänster (artikel 77 i LOU-direktivet och artikel 94 i LUF-direktivet). Som framgår av artikel 77.1 i LOU-direktivet och artikel 94.1 i LUF-direktivet är det inte obligatoriskt att genomföra artiklarnas bestämmelser.

I artiklarna räknas de typer av tjänster upp som kan tilldelas med stöd av artiklarnas bestämmelser. I artikel 77.1 i LOU-direktivet anges att bestämmelserna gäller för tjänster ”som avses i artikel 74” och som omfattas av de CPV-koder som räknas upp avslutningsvis i punkten. Samma teknik används i artikel 94.1 i LUF-direktivet. Bestämmelserna i artikel 77.1 i LOU-direktivet och artikel 94.1 i LUF-direktivet får sålunda anses ge uttryck för en grundläggande systematik som ska gälla för kapitlet i fråga. Denna systematik är sådan att artikel 74 i och bilaga XIV till LOU-direktivet och artikel 91 i och bilaga XVII till LUF-direktivet bestämmer vilka tjänster som över huvud taget kan bli aktuella att upphandla enligt kapitlets bestämmelser. Om en upphandling gäller en tjänst som inte anges i nämnda bilagor får kontraktet inte heller tilldelas enligt kapitlet i fråga.

Den uppräkningslista av CPV-koder som avslutar artikel 77.1 i LOU-direktivet och artikel 94.1 i LUF-direktivet innehåller således CPV-koder som omfattas av bilagorna XIV och XVII till respektive direktiv. Intervall 85000000-9–85323000-9 anges i artiklarna som ett intervall fr.o.m. och t.o.m. Det avviker från hur motsvarande intervall beskrivs i bilagorna, nämligen som från och till. Det senare tycks vara den vedertagna metoden och synes hittills inte ha skapat några problem i praktiken (jfr bilagorna II och XVII till 2004 års upphandlingsdirektiv, nuvarande bilagorna 2 och 3 till LOU och LUF i lydelse enligt SFS 2007:1091 och SFS 2007:1092). I de engelska språkversionerna av 2014 års upphandlingsdirektiv används ”from” och ”to” i såväl de aktuella artiklarna som bilagorna för att beskriva samma intervall.

I artikel 77.2 i LOU-direktivet och artikel 94.2 i LUF-direktivet finns bestämmelser som tar sikte på de organisationer för vilka deltagandet i en upphandling enligt artikeln kan reserveras. I led b i båda punkterna finns bestämmelser om krav på återinvestering. Av led d i samma punkter följer vidare att ett kontrakt inte kan reserveras för en organisation som har tilldelats kontrakt för berörd tjänst av berörd upphandlande myndighet under de senaste tre åren. Det framgår vidare av artikel 77.3 i LOU-direktivet och artikel 94.3 i LUF-direktivet att den maximala löptiden för ett reserverat kontrakt är tre år.

Till skillnad från bestämmelserna om reserverade kontrakt i artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet synes nu aktuella artiklar medge att kontrakt tilldelas utan konkurrensutsättning. En upphandlande myndighet kan således med stöd av bestämmelserna om reserverade kontrakt för vissa tjänster vända sig direkt till en organisation som uppfyller kraven i artikel 77.2 i LOU-direktivet eller artikel 94.2 i LUF-direktivet. Det bör vidare noteras att möjligheten att reservera kontrakt med stöd av artikel 94 i LUF-direktivet enbart kan utnyttjas av en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet.

11.3.3 Överväganden

Utredningens bedömning: Bestämmelserna om reserverade kontrakt för vissa tjänster i artikel 77 i LOU-direktivet och artikel 94 i LUF-direktivet bör inte genomföras i svensk rätt.

Skälen för utredningens bedömning

Som framgått är ordningen med reserverade kontrakt för vissa tjänster omgärdade av diverse villkor som ska vara uppfyllda för att kontrakt ska kunna tilldelas enligt regleringen i fråga. Villkoren tar sikte på tjänstetypen, organisationen som ska tilldelas kontraktet och kontraktets löptid. Sammantaget är dessa villkor sådana att regleringen får antas ha ett begränsat praktiskt intresse.

Det är dock inte uteslutet att regleringen trots allt har en funktion att fylla. Enligt utredningens mening synes organisationer som verkar inom den idéburna sektorn kunna vara aktuella för tilldelning av reserverade kontrakt enligt regelverket om reserverade kontrakt för vissa tjänster. Exempelvis anför Riksorganisationen för Idéburen vård och social omsorg (Famna) att även om möjligheterna för Famnas medlemmar att dra nytta av bestämmelserna är begränsade, kan bestämmelserna bidra till att stärka civilsamhällets entreprenörskap och till att nya innovativa idéer prövas (se Famnas bedömning av artikel 77 i LOU-direktivet i EU:s nya upphandlingsdirektiv Famnas bedömning av möjligheterna att, utifrån det nya EU-direktivet, utveckla upphandlingsregelverket med fokus på tillväxt av idéburen vård och omsorg <<http://media.famna2012.famna.org/2012/05/EUs-nya-upphandlingsdirektiv-Famnas-syn.pdf>>).

Sammantaget bedömer utredningen att den praktiska betydelsen av bestämmelserna om reserverade kontrakt för vissa tjänster är sådan att det inte är motiverat att i svensk rätt genomföra artikel 77 i LOU-direktivet och artikel 94 i LUF-direktivet.

Reserverade kontrakt för vissa tjänster – ett alternativt förslag till lagtext

Om bestämmelserna om reserverade kontrakt för vissa tjänster i artikel 77 i LOU-direktivet och artikel 94 i LUF-direktivet genomförs i svensk rätt, trots utredningens bedömning ovan, så kan föreskrifterna utformas enligt följande.

X § En upphandlande myndighet/enhet som är en upphandlande myndighet får reservera deltagandet i en upphandling för en organisation som uppfyller villkoren enligt Z §, om upphandlingen avser sådana sociala tjänster eller andra särskilda tjänster som anges i bilagan¹.

Löptiden för ett kontrakt som tilldelas en organisation genom en upphandling med stöd av första stycket får inte överstiga tre år.

Om myndigheten/enheten har tilldelat en organisation ett kontrakt för att tillhandahålla en tjänst genom en upphandling med stöd av första stycket, får myndigheten/enheten inte på nytt med stöd av första stycket tilldela samma organisation ett kontrakt för att tillhandahålla samma tjänst.

Y § När en upphandlande myndighet/enhet ska reservera ett kontrakt enligt X §, ska den i anbudsinfördran ange att upphandlingen ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverade kontrakt för vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Z § En organisation enligt X § ska

1. ha syftet att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till att tillhandahålla sådana tjänster som anges i bilagan²,

2. återinvestera sina vinster för att uppnå syftet enligt 1, och

3. ha en lednings- och ägarstruktur som grundar sig på personalens ägande eller deltagande eller som kräver aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.

¹ En bilaga med en förteckning över vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

² Se not 1.

12 Styrning

12.1 Inledning

I avdelningen om styrning i 2014 års upphandlingsdirektiv finns fyra av de artiklar som omfattas av utredningens uppdrag. Dessa fyra artiklar reglerar följande områden:

- genomförande (artikel 83 i LOU-direktivet och artikel 99 i LUF-direktivet),
- individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt (artikel 84 i LOU-direktivet och artikel 100 i LUF-direktivet),
- nationella rapportering och statistiska uppgifter (artikel 85 i LOU-direktivet och artikel 101 i LUF-direktivet), och
- administrativt samarbete (artikel 86 i LOU-direktivet och artikel 102 i LUF-direktivet).

12.2 Genomförande

12.2.1 Nuvarande ordning

Bestämmelser som kan sägas syfta till ett enhetligt genomförande av 2004 års upphandlingsdirektiv finns i artikel 81 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 72 i 2004 års LUF-direktiv. I artiklarna hänvisas till de övervakningsmekanismer som skulle genomföras redan genom 1989 års LOU-direktiv och 1992 års LUF-direktiv. Enligt artiklarna ska medlemsstaterna se till att 2004 års upphandlingsdirektiv genomförs genom effektiva, tillgängliga och klara och tydliga mekanismer.

Sedan 2010 års rättsmedelsreform på upphandlingsområdet finns bestämmelserna om tillsyn samlade i ett kapitel i de nu gällande lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom

försörjningssektorerna (prop. 2009/10:180, bet. 2009/10:FiU22, rskr. 2009/10:311). Bestämmelserna finns i nuvarande 18 kap. 1–5 §§ i både LOU och LUF. Motiven till bestämmelserna utvecklas i prop. 2009/10:180 (avsnitt 10 och s. 372–374, 397 och 398).

När det gäller verksamhet som syftar till att stödja upphandlande myndigheter och enheter kan det noteras att tidigare sådan verksamhet hos Kammarkollegiet, Vinnova och Svenska Miljöstyrningsrådet i stället ska vara samlat hos Konkurrensverket från den 1 juli 2014. Konkurrensverket är för övrigt sedan tidigare den myndighet som regeringen har beslutat ska utföra den tillsyn som avses i nuvarande 18 kap. 1 § i både LOU och LUF (se 3 § första stycket 2 förordningen [2007:1117] med instruktion för Konkurrensverket).

12.2.2 2014 års upphandlingsdirektiv

I skäl 121 i LOU-direktivet och skäl 127 i LUF-direktivet hänvisas till att utvärderingar av EU:s regler om upphandling har visat att det finns ett avsevärt utrymme för förbättringar i tillämpningen av regelverket. För att uppnå en mer effektiv och konsekvent tillämpning är det enligt skälen bra att få en översikt över tillämpningen. Översikten ska enligt skälen åstadkommas genom att medlemsstaterna tillser att tillämpningen följs på lämpligt sett. Vilka åtgärder medlemsstaterna lämpligen bör vidta för att åstadkomma detta får staterna själva besluta om. I skälen framhålls vidare att bättre vägledning, information och stöd till upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer kan bidra till att öka effektiviteten i upphandlingarna.

Grunden för ordningen som berörs i skälen finns i bestämmelserna om genomförande i artikel 83 i LOU-direktivet och artikel 99 i LUF-direktivet.

Av artikel 83.1 i LOU-direktivet och artikel 99.1 i LUF-direktivet framgår att medlemsstaterna för att säkerställa ett korrekt och ändamålsenligt genomförande av direktiven ska se till att de uppgifter som anges i artiklarna utförs av en eller flera myndigheter eller strukturer eller av ett eller flera organ.

I punkterna 2–6 i båda artiklarna räknas de i första punkten omnämnda uppgifterna upp. I korthet följer det av punkterna att medlemsstaterna ska se till att tillämpningen av upphandlingsregelverket följs och att överträdelser och problem uppmärk-

sammas. Resultatet av denna verksamhet ska offentliggöras och även meddelas till EU-kommissionen. Rapporteringen till kommissionen ska i sin tur utgöra underlag för rapporter om genomförandet av upphandlingsdirektiven och om goda nationella upphandlingspolicier. Kommissionen ska upprätta sådana rapporter regelbundet. Medlemsstaterna ska vidare säkerställa att det finns information och vägledning om regelverkets tillämpning och stöd för upphandlande myndigheter när det gäller planering och genomförande av upphandlingar. Medlemsstaterna ska dessutom utse en s.k. kontaktpunkt för samarbete med kommissionen när det gäller frågor om de nationella upphandlingsbestämmelserna. Uppräkningen avslutas med krav på att upphandlande myndigheter ska spara kopior på kontrakt som överstiger vissa närmare angivna värden.

12.2.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om tillgång till kontrakt i artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 andra stycket i LUF-direktivet bör inte genomföras genom föreskrifter i de nya författningarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna om att en övervakningsrapport ska sändas till Europeiska kommissionen vart tredje år i artikel 83.3 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 99.3 andra stycket i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning. Regeringen bör uppdra åt den myndighet som i enlighet med dessa föreskrifter ska sända in övervakningsrapporter att ta fram underlaget för och lämna den rapport som enligt upphandlingsdirektiven ska lämnas till kommissionen senast den 18 april 2017. Övriga bestämmelser i artikel 83 i LOU-direktivet och artikel 99 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

För att avgöra hur artikel 83 i LOU-direktivet och artikel 99 i LUF-direktivet bör genomföras bör artiklarnas bestämmelser jämföras med den ordning som gäller enligt nuvarande 18 kap i både LOU och LUF. Enligt utredningens bedömning är den

verksamhet som bedrivs och de åtgärder som kan vidtas med stöd av nämnda nuvarande bestämmelser i LOU och LUF sådana, att de genomför bestämmelserna i artikel 83 i LOU-direktivet och artikel 99 i LUF-direktivet. De nu aktuella bestämmelserna i 2014 års upphandlingsdirektiv kan således genomföras genom föreskrifter som utformas med föreskrifterna i nuvarande 18 kap. i både LOU och LUF som förebild.

Bestämmelserna i artikel 83 i LOU-direktivet och artikel 99 i LUF-direktivet kan sålunda genomföras med föreskrifter som motsvarar föreskrifterna i nuvarande 18 kap. i både LOU och LUF. Bestämmelserna om kontaktpunkt i artikel 83.5 i LOU-direktivet och artikel 99.5 i LUF-direktivet kräver dock ett tillägg i regleringen i förhållande till den nuvarande. Regleringen i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna bör därför tillföras en upplysningsbestämmelse av innebörden att regeringen kan meddela föreskrifter om vilken myndighet som ska utföra uppgifterna som kontaktpunkt i artiklarnas mening.

När det gäller frågan om vilken myndighet som bör utföra uppgifterna som kontaktpunkt enligt nu aktuella artiklar ligger de nära till hands att föreslå Konkurrensverket. Som framgått är Konkurrensverket numera både tillsynsmyndighet och stödmyndighet på upphandlingsområdet. Utredningen har därför i nedanstående förslag till föreskrifter i förordning angett att Konkurrensverket ska utföra uppgifterna i fråga.

Den första rapport som kontaktpunkten ska lämna till EU-kommissionen ska lämnas den 18 april 2017. Därefter ska rapportering ske vart tredje år. Huruvida kontaktpunkten förbereder den första rapporteringen och också lämnar den första rapporten med stöd av ett uppdrag från regeringen eller bestämmelser i förordningen är i och för sig likgiltigt. För enkelhetens skull förordar utredningen att den första rapporten ska lämnas till kommissionen med stöd av ett uppdrag som lämnas till den myndighet som ska vara kontaktpunkt. Det innebär i så fall att den första rapporten enligt nedanstående förordningsbestämmelse lämnas till kommissionen i april 2020.

Som framgått ovan anser utredningen att artikel 83 i LOU-direktivet och artikel 99 i LUF-direktivet bör genomföras genom föreskrifter som motsvarar föreskrifterna i nuvarande 18 kap i både LOU och LUF. Denna reglering bör dock inte innehålla någon motsvarighet till artikel 83.6 i LOU-direktivet och artikel 99.6 i LUF-direktivet.

Bestämmelserna i artikel 83.6 första stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 första stycket LUF-direktivet får enligt utredningen i stället bedömas bli genomförda genom de lagbestämmelser som genomför artikel 84 i LOU-direktivet och artikel 100 i LUF-direktivet (se avsnitt 12.3.3).

Vad gäller bestämmelserna i artikel 83.6 andra stycket LOU-direktivet och artikel 99.6 andra stycket LUF-direktivet bedömer utredningen att dessa inte behöver genomföras genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Det som åsyftas med bestämmelserna uppnås med en tillämpning av det gällande svenska regelverket om offentlighet och sekretess (se även avsnitt 3.4).

Det är dock något oklart vem som enligt ovan nämnda artiklar ska beviljas tillgång till kontrakten. Som bestämmelsen är formulerad i upphandlingsdirektiven skulle det kunna röra sig om såväl en konkurrerande leverantör som EU-kommissionen.

När det gäller en konkurrerande leverantör får en tillämpning av det svenska regelverket om offentlighet och sekretess ett rimligt resultat (se även avsnitt 3.4.3).

Såvitt gäller kommissionens möjligheter att få tillgång till kontrakten, bör noteras att även de bestäms av regelverket om offentlighet och sekretess. Det kan således uppkomma en situation där uppgifterna som kommissionen önskar få tillgång till är sekretessreglerade enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400, OSL). I så fall får det ankomma på myndigheten att göra en prövning av om sekretess hindrar att uppgifterna röjs. Som andra stycket i de aktuella artiklarna är formulerade hindrar emellertid inte upphandlingsdirektiven att tillämpningen av nationella bestämmelser om offentlighet och sekretess hindrar att tillgång ges till uppgifterna.

I detta sammanhang bör det noteras att det finns en sekretessbrytande bestämmelse till förmån för kommissionen i 8 kap. 3 § OSL. Bestämmelsen har av regeringen vid upprepade tillfällen bedömts kunna åberopas för att på finansmarknadsområdet lämna uppgifter till utländska myndigheter när uppgiftslämnandet följer av bestämmelser i EU-direktiv (se bl.a. prop. 2005/06:140 s. 50). Det finns enligt utredningens mening ingen anledning att göra någon annan bedömning beträffande möjligheterna att tillämpa de sekretessbrytande reglerna i 8 kap. 3 § OSL på upphandlingsområdet.

Avslutningsvis bör noteras att begreppen offentlig upphandling och upphandlande myndighet används genomgående i artikel 99 i LUF-direktivet. Det är oklart om användningen av begreppen i detta sammanhang ska tolkas i enlighet med den strikta betydelse de har enligt upphandlingsdirektiven. De regler som utredningen föreslår för att genomföra artikeln bör dock inte utformas på något annat sätt än motsvarande föreskrifter i 18 kap. LUF. Reglerna i det kapitel i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna som ska motsvara nuvarande 18 kap LUF gäller alltså för upphandlande enheter och för upphandlingar enligt den nya lagen.

Enligt utredningens mening får dock användandet av upphandlande myndighet i artikel 99 i LUF-direktivet betydelse om EU-kommissionen vill få ut uppgifter med stöd av artikel 99.6 i LUF-direktivet från en upphandlande enhet som inte är en upphandlande myndighet. Om en sådan enhet anser att de efterfrågade uppgifterna in bör lämnas till kommissionen, kan kommissionen inte med hänvisning till artikel 99.6 i LUF-direktivet göra anspråk på att uppgifterna trots enhetens bedömning ska lämnas ut.

Sammanfattningsvis bör bestämmelserna om tillgång till kontrakt i artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 andra stycket i LUF-direktivet inte genomföras genom föreskrifter i de nya författningarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna om att en övervakningsrapport ska sändas till Europeiska kommissionen vart tredje år i artikel 83.3 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 99.3 andra stycket i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning. Regeringen bör uppdra åt den myndighet som i enlighet med dessa föreskrifter ska sända in övervakningsrapporter att ta fram underlaget för och lämna den rapport som enligt upphandlingsdirektiven ska lämnas till kommissionen senast den 18 april 2017. Övriga bestämmelser i artikel 83 i LOU-direktivet och artikel 99 i LUF-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Tillsyn och vägledning i de nya lagarna.

Föreskrifterna som genomför artikel 83.3 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 99.3 andra stycket i LUF-direktivet och som ska meddelas genom förordning bör utformas enligt följande.

Övervakningsrapport

X § Konkurrensverket ska vart tredje år skicka en övervakningsrapport till Europeiska kommissionen som omfattar information om de vanligaste skälen till felaktig tillämpning eller osäkerhet i fråga om tillämpningen av lagen (2016:0000) om offentlig upphandling och lagen (2016:0000) om upphandling inom försörjningssektorerna, inbegripet möjliga strukturella eller återkommande problem vid tillämpningen av lagarna.

12.3 Individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt

12.3.1 Nuvarande ordning

I artikel 43 i 2004 års LOU-direktivet och artikel 50 i 2004 års LUF-direktiv finns bestämmelser om att en upphandlande myndighet eller enhet ska spara viss information om de upphandlingar som den genomför. Bestämmelserna i LOU-direktivet anger att vissa närmare angivna uppgifter ska samlas i ett protokoll och att protokollet ska tillställas EU-kommissionen om den begär det. Regleringen i LUF-direktivet är mindre detaljerad och överlåter till de upphandlande enheterna att i större utsträckning själva bestämma hur syftet med artikeln ska uppnås. På en punkt är dock LUF-direktivets nu aktuella bestämmelser mer detaljerade än motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet. Bestämmelserna i fråga finns i artikel 50.2 i LUF-direktivet och innehåller krav på att informationen ska bevaras under minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Artiklarna ovan har genomförts genom bestämmelserna i nuvarande 9 kap. 12 och 13 §§ LOU och 9 kap. 14 § LUF (se prop. 2006/07:128 s. 382–384 och 524–526). Ytterligare föreskrifter om vad ett protokoll enligt nuvarande 9 kap. 12 § LOU ska innehålla finns i 14 § upphandlingsförordningen (2011:1040).

12.3.2 2014 års upphandlingsdirektiv

I skäl 126 i LOU-direktivet och skäl 132 i LUF-direktivet framhålls att viktiga delar av och beslut som fattas inom varje enskilt upphandlingsförfarande ska dokumenteras i en s.k. upphandlingsrapport. Som framgår av skälen är dokumentationsplikten ett led i

att öka spårbarheten och öppenheten i upphandlingsförfarandena. Detta är i sin tur av avgörande betydelse för att säkerställa att sunda förfaranden används, vilka även inbegriper effektiv bekämpning av korruption och bedrägeri.

Den i skälen omnämnda dokumentationsplikten regleras i artikel 84 i LOU-direktivet och artikel 100 i LUF-direktivet. Reglerna har i båda direktiven samlats i en artikel med rubriken Individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt. Bestämmelserna i artikel 84 i LOU-direktivet och artikel 100 i LUF-direktivet har alltså samlats under samma rubrik, men ställer inte samma krav på den som upphandlar i fråga om vad som ska dokumenteras och i vilka former.

I artikel 84.1 i LOU-direktivet anges att en rapport ska upprättas och att rapporten ska innehålla åtminstone de uppgifter som räknas upp i leden a–i i samma punkt. I artikel 100.1 i LUF-direktivet anges i stället att lämplig information ska bevaras och att den bevarade informationen ska vara tillräcklig för ”att det vid ett senare tillfälle ska gå att motivera” sådana beslut som räknas upp i leden a–d i samma punkt.

Till skillnad från motsvarande bestämmelser i 2004 års upphandlingsdirektiv innehåller båda artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv samma krav på att dokumentationen ska bevaras under en bestämd tid. I artikel 84.2 i LOU-direktivet och artikel 100.2 i LUF-direktivet anges att dokumentationen ska bevaras minst tre år från den dag då kontraktet tilldelades.

Båda artiklarna avslutas med en bestämmelse om att dokumentationen enligt artikeln på begäran också ska tillställas EU-kommissionen eller vissa närmare angivna intressenter. Uppräkningen av dessa intressenter är inte identisk i de båda artiklarna. I artikel 84.3 i LOU-direktivet beskrivs intressenterna som ”de behöriga myndigheter, strukturer eller organ som avses i artikel 83” medan de i artikel 100.3 i LUF-direktivet beskrivs som ”de nationella myndigheter, organ eller strukturer som avses i artikel 99”. Direktiven skiljer sig också åt i fråga om vilken dokumentation som en upphandlande myndighet eller enhet ska ge tillgång till. Enligt artikel 84.3 i LOU-direktivet rör det sig enbart om sådana rapporter som avses i artikel 84.1 i LOU-direktivet (”Rapporten eller huvuddragen i denna”). Utformningen av artikel 100.3 i LUF-direktivet är sådan att den avser såväl information enligt artikel 100.1 och dokumentation enligt artikel 100.2 i samma direktiv (”Informationen eller dokumentationen”).

12.3.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om hänvisning till meddelande om tilldelning i artikel 100.1 andra stycket i LUF-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om hänvisning. Bestämmelserna om vad en individuell rapport ska innehålla i artikel 84.1 första stycket leden a-i och tredje stycket i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning. Övriga bestämmelser i artikel 84 i LOU-direktivet och artikel 100 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag.

Skälen för utredningens förslag

Som konstaterats i avsnittet närmast ovan finns det vissa skillnader mellan artikel 84 i LOU-direktivet och artikel 100 i LUF-direktivet. Olikheterna får antas vara ett uttryck för den grundläggande skillnad som finns mellan LOU-direktivet och LUF-direktivet när det gäller handlingsutrymmet för den som upphandlar. LUF-direktivets regler kan sägas vara mer flexibla än de i LOU-direktivet. Även om medlemsstaterna vid genomförandet av LUF-direktivets regler skulle kunna utforma de nationella bestämmelserna för försörjningsområdet i nära anslutning till de bestämmelser som genomför LOU-direktivet, anser utredningen att skillnaderna mellan artikel 84.1 i LOU-direktivet och artikel 100.1 i LUF-direktivet bör återspeglas i de föreskrifter som genomför artiklarna. Denna teknik tycks också ha använts för att genomföra motsvarande bestämmelser i artikel 43 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 50 i 2004 års LUF-direktiv genom nuvarande 9 kap. 12 och 13 §§ LOU och nuvarande 9 kap. 14 § LUF.

Resonemanget ovan leder till att de paragrafer som genomför artikel 84.1 i LOU-direktivet och artikel 100.1 i LUF-direktivet inte bör rubriceras på samma sätt. Medan de paragrafer som genomför den förra artikeln kan rubriceras med en direktivnära lydelse, bör rubriken till de paragrafer som genomför den senare artikeln återspegla de begrepp som används i denna och i paragraferna. Vid genomförandet av artikeln i LUF-direktivet finns det inte heller något behov av att i förordning precisera vilka uppgifter som dokumentationen ska innehålla.

När det gäller frågan hur artikel 100.1 i LUF-direktivet bör genomföras, ska det erinras om att en upphandlande enhet redan enligt punktens första stycke har ett betydande handlingsutrymme att själv avgöra hur syftet med artikelns bestämmelser ska uppnås. Detta följer av formuleringen i artikel 100.1 första stycket i LUF-direktivet att informationen ”ska vara tillräcklig för att det vid ett senare tillfälle ska gå att motivera” besluten. Mot denna bakgrund framstår bestämmelsen i artikel 100.1 andra stycket i LUF-direktivet som överflödig. Enligt utredningens mening råder det ingen tvekan om att den åtgärd som anvisas i andra stycket ligger inom det utrymme som en upphandlande enhet har när det gäller att avgöra hur dokumentationen ska utföras. Åtgärden i fråga kan sålunda vidtas av en enhet utan att detta särskilt anges på det sätt som följer av punktens andra stycket. Utredningen har därför valt att inte genomföra artikel 100.1 andra stycket i LUF-direktivet genom en ordagrann motsvarighet i de svenska föreskrifterna.

Avslutningsvis ska två aspekter på bestämmelserna i artikel 84.3 i LOU-direktivet och artikel 100.3 i LUF-direktivet beröras.

För det *första* är det inte klart vem som kan begära att få tillgång till dokumentationen som avses i artiklarna. Som framgått hänvisar båda artiklarna till närmast föregående artiklar, nämligen till de om genomförande. Som hänvisningarna är formulerade utgår utredningen från att de syftar på de myndigheter m.m. som anges i artikel 83.1 i LOU-direktivet och artikel 99.1 i LUF-direktivet. Detta reser den grundläggande frågan om huruvida hänvisningen avser enbart den eller de nationella myndigheter som är behöriga att i medlemsstaten utföra uppgifterna som avses i de nyss nämnda artiklarna. Det är dock inte entydigt att hänvisningarna ska tolkas på det sättet. Det skulle lika väl gå att läsa dem som omfattande myndigheter m.m. som är behöriga i respektive medlemsstat. Det skulle i så fall innebära att en behörig myndighet i en medlemsstat kan begära att med stöd av artikel 84.3 i LOU-direktivet eller artikel 100.3 i LUF-direktivet få tillgång till dokumentationen som avses i artikeln hos en upphandlande myndighet eller enhet i en annan medlemsstat. Detta skulle dock gå utöver syftet med artiklarna 83 och 84 i LOU-direktivet och artiklarna 99 och 100 i LUF-direktivet. Det grundläggande syftet är att EU-kommissionen ska få erforderlig information antingen direkt eller via respektive behörig myndighet om hur regelverket fungerar i praktiken. Mot denna bakgrund anser utredningen att hänvisningen i artikel 84.3 i LOU-direktivet och artikel 100.3 i LUF-direktivet avser enbart den

eller de nationella myndigheter som är behöriga att i den upphandlande myndighetens eller enhetens medlemsstat utföra uppgifterna som avses i artikel 83.1 i LOU-direktivet och artikel 99.1 i LUF-direktivet.

För det *andra* finns det olikheter artiklarna emellan när det gäller vilken dokumentation som en upphandlande myndighet eller enhet ska ge tillgång till. Som framgått ovan anges det i artikel 84.3 i LOU-direktivet att dokumentationen som avses är rapporten eller huvuddragen i denna medan det i artikel 100.3 i LUF-direktivet anges att dokumentationen som avses är informationen eller dokumentationen. Det synes sålunda förhålla sig på det sättet att artikeln i LOU-direktivet enbart hänvisar till artikelns första punkt och att artikeln i LUF-direktivet hänvisar till artikelns första och andra punkter. Vad dessa skillnader syftar till är oklart.

Enligt utredningens mening finns det vägande skäl att i fråga om vilken dokumentation som avses genomföra artiklarna på samma sätt. Bestämmelserna bör därvid utformas med artikel 84.3 i LOU-direktivet som förebild. Dokumentationen som avses i artiklarnas andra punkt kommer således inte att omfattas av de bestämmelser som genomför artikel 84.3 i LOU-direktivet och artikel 100.3 i LUF-direktivet. Det bör dock noteras att utredningens förslag hur artikel 83 i LOU-direktivet och 99 i LUF-direktivet bör genomföras inrymmer bestämmelser som ger tillsynsmyndigheten allmänna befogenheter att infordra material från en upphandlande myndighet eller enhet (se avsnitt 12.2.3).

Sammanfattningsvis bör bestämmelserna om hänvisning till meddelande om tilldelning i artikel 100.1 andra stycket i LUF-direktivet inte genomföras genom särskilda föreskrifter om hänvisning. Bestämmelserna om vad en individuell rapport ska innehålla i artikel 84.1 första stycket leden a–i och tredje stycket i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning. Övriga bestämmelser i artikel 84 i LOU-direktivet och artikel 100 i LUF-direktivet ska genomföras med endast redaktionella avvikelser genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Föreskrifterna bör placeras i kapitlet Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation.

Föreskrifterna som genomför artikel 84.1 första stycket leden a–i i LOU-direktivet som ska meddelas genom förordning bör utformas enligt följande.

Uppgifter i en individuell rapport

X § En individuell rapport enligt X §¹ lagen (2016:0000) om offentlig upphandling ska innehålla uppgifter om

1. myndighetens namn och adress, föremålet för och värdet av kontraktet, ramavtalet eller det dynamiska inköpssystemet,

2. namnen på de leverantörer som har valts ut och de leverantörer som inte har godtagits enligt Y §² lagen om offentlig upphandling och skälen för detta,

3. skälen till att anbud som har befunnits onormalt låga har förkastats,

4. namnet på den leverantör som har tilldelats kontraktet och skälen till att den leverantörens anbud har valts,

5. hur stor del av det kontrakt som har tilldelats eller av det ramavtal som har ingåtts med en leverantör som leverantören avser att lägga ut på tredje part samt namnen på huvudentreprenör och underleverantörer,

6. de omständigheter som anges i Z §³ lagen om offentlig upphandling och som har motiverat att myndigheten har valt att tillämpa något av upphandlingsförfarandena förhandlat förfarande under konkurrens och konkurrenspräglad dialog,

7. vilka omständigheter enligt XX §⁴ lagen om offentlig upphandling som har motiverat att myndigheten har valt att tillämpa förfarandet förhandlat förfarande utan föregående annonsering,

8. skälen till att myndigheten har avslutat en upphandling genom att inte tilldela något kontrakt, ingå något ramavtal eller genomföra ett dynamiskt inköpssystem,

9. skälen till att myndigheten inte har anvisat elektroniska medel för kommunikation enligt XY §⁵ lagen om offentlig upphandling, och

10. upptäckta jävssituationer och åtgärder som har vidtagits till följd av dessa.

Om ett meddelande om tilldelning av kontrakt som har utformats enligt XZ eller YX §§⁶ lagen om offentlig upphandling innehåller sådana uppgifter som avses i första stycket, kan myndigheten i den individuella rapporten hänvisa till det meddelandet.

¹ 94 § i avsnitt 14.1.

² Bestämmelserna som genomför artiklarna 65 och 66 i LOU-direktivet.

³ Bestämmelserna som genomför artikel 26 i LOU-direktivet.

⁴ Bestämmelserna som genomför artikel 32 i LOU-direktivet.

⁵ 4 § första stycket i avsnitt 14.1.

⁶ Bestämmelserna som genomför artiklarna 50 och 75.2 i LOU-direktivet.

12.4 Nationell rapportering och statistiska uppgifter

12.4.1 Nuvarande ordning

I 2004 års upphandlingsdirektiv finns inga bestämmelser som ålägger medlemsstaterna att tillhandhålla statistiska uppgifter och att upprätta en statistikrapport som ska lämnas till EU-kommissionen med viss regelbundenhet. Det finns inte heller några sådana bestämmelser i nu gällande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

12.4.2 2014 års upphandlingsdirektiv

I skäl 127 i LOU-direktivet och skäl 133 i LUF-direktivet betonas vikten av att den information som lämnas i de meddelanden som ska användas vid offentliggörande enligt 2014 års upphandlingsdirektiv är av tillräckligt hög kvalitet och komplett. Om informationen är av tillräckligt hög kvalitet och komplett, kan medlemsstaternas administration förenklas och minskas eftersom EU-kommissionen kan utnyttja informationen direkt utan att belasta medlemsstaterna med förfrågningar om att överlämna statistisk information.

Artikel 85 i LOU-direktivet och artikel 101 i LUF-direktivet innehåller bestämmelser om nationell rapportering och statistiska uppgifter. Av första punkten i båda artiklarna följer att kommissionen ska se över i vilken utsträckning informationen som lämnas i meddelanden enligt upphandlingsdirektiven kan utnyttjas till statistiska ändamål. Av andra punkten följer vidare att medlemsstaterna ska sända statistikrapporter till kommissionen.

Bestämmelserna i artikel 85.3 i LOU-direktivet saknar motsvarighet i artikel 101 i LUF-direktivet.

12.4.3 Överväganden

Utredningens förslag: Regeringen bör uppdra åt den myndighet som är kontaktpunkt att ta fram underlaget för och lämna in den statistikrapport som enligt bestämmelserna om nationell rapportering och statistiska uppgifter i artikel 85.2 i LOU-direktivet och artikel 101.2 i LUF-direktivet ska lämnas till kommissionen senast den 18 april 2017. Övriga bestämmelser i artikel 85 i LOU-direktivet och artikel 101 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning.

Skälen för utredningens förslag

Som framgått ovan finns det i artikel 101 i LUF-direktivet inte någon bestämmelse som motsvarar den i artikel 85.3 i LOU-direktivet. Enligt utredningens mening finns det dock ingen anledning att tillämpa en annan ordning på försörjningsområdet än den som ska tillämpas enligt LOU-direktivet. Det bör sålunda finnas en bestämmelse om bistånd till EU-kommissionen som motsvarar artikel 85.3 i LOU-direktivet i båda de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Artikel 85 i LOU-direktivet och artikel 101 i LUF-direktiv bör således kunna genomföras genom bestämmelser med samma utformning.

De uppgifter som ska utföras enligt ovanstående artiklar bör lämpligen utföras av den kontaktpunkt som avses i artikel 83.5 i LOU-direktivet och artikel 99.5 i LUF-direktivet (se avsnitt 12.2.3).

Regeringen bör uppdra åt den myndighet som är kontaktpunkt att ta fram underlaget för och lämna in den statistikrapport som enligt bestämmelserna om nationell rapportering och statistiska uppgifter i artikel 85.2 i LOU-direktivet och artikel 101.2 i LUF-direktivet ska lämnas till kommissionen senast den 18 april 2017 (se avsnitt 12.2.3). Övriga bestämmelser om nationell rapportering och statistiska uppgifter i artikel 85 i LOU-direktivet och artikel 101 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning. Föreskrifterna som genomför dessa artiklar och som ska meddelas genom förordning bör utformas enligt följande.

Statistikrapport

X § Den myndighet som är kontaktpunkt enligt X §⁷ lagen (2016:0000) om offentlig upphandling och Y §⁸ lagen (2016:0000) om upphandling inom försörjningssektorerna ska bistå Europeiska kommissionen att inhämta statistiska uppgifter.

Y § Kontaktpunkten ska vart tredje år till Europeiska kommissionen översända en statistikrapport för upphandlingar som skulle ha omfattats av

1. Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG om dess värde hade överstigit tillämpligt tröskelvärde enligt artikel 4 i samma direktiv, och

2. Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG om dess värde hade överstigit tillämpligt tröskelvärde enligt artikel 15 i samma direktiv.

I statistikrapporten enligt första stycket ska myndigheten göra en uppskattning av det samlade totala värdet för upphandlingarna under den tidsperiod som avses enligt första stycket. En sådan uppskattning kan särskilt baseras på uppgifter som är tillgängliga enligt nationella krav på offentliggörande eller på stickprovsbaserade uppskattningar.

Statistikrapporten enligt första stycket får ingå som en del i övervakningsrapporten enligt Z §⁹.

12.5 Administrativt samarbete

12.5.1 Nuvarande ordning

I 2004 års upphandlingsdirektiv finns inga bestämmelser om administrativt samarbete medlemsstaternas emellan. Det finns inte heller några sådana bestämmelser i nu gällande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

12.5.2 2014 års upphandlingsdirektiv

Upphandlingar i gränsöverskridande situationer erfordrar enligt skäl 128 i LOU-direktivet och skäl 134 i LUF-direktivet ett informationsutbyte mellan medlemsstaterna. För ett sådant utbyte är ett effektivt administrativt samarbete en nödvändighet.

⁷ 88 § i avsnitt 14.1.

⁸ 81 § i avsnitt 14.2.

⁹ Se X § i förslaget till förordningsbestämmelser i avsnitt 12.2.3.

I artikel 86 i LOU-direktivet och artikel 102 i LUF-direktivet finns bestämmelser om administrativt samarbete. Av artiklarna framgår att medlemsstaterna ska ge varandra ömsesidigt bistånd och vidta åtgärder för ett effektivt samarbete för att säkerställa informationsutbytena enligt vissa närmare angivna artiklar i direktiven. I artiklarna erinras vidare om att utbytet av information ska ske i enlighet med tillämpliga EU-rättsliga bestämmelser om skydd av personuppgifter. Avslutningsvis anges att ett pilotprojekt ska inledas för att testa om det för utbytena av information enligt direktiven är lämpligt att använda informationssystemet för den inre marknaden (IM).

12.5.3 Överväganden

Utredningens förslag: Bestämmelserna om informationsutbyte i artikel 86.2 i LOU-direktivet och artikel 102.2 i LUF-direktivet bör inte genomföras genom föreskrifter i de nya författningarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna om pilotprojekt beträffande visst informationssystem i artikel 86.3 i LOU-direktivet och artikel 102.3 i LUF-direktivet bör inte föranleda några föreskrifter i författning. Bestämmelserna i artikel 86.1 i LOU-direktivet och artikel 102.1 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning.

Skälen för utredningens förslag

Bestämmelserna i artikel 86.2 i LOU-direktivet och artikel 102.2 i LUF-direktivet erinrar om att bestämmelser i en EU-förordning ska iakttas när medlemsstaterna utbyter information. Denna erinran behöver inte genomföras genom föreskrifter i de nya författningarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Det är oklart till vem eller vilka artikel 86.3 i LOU-direktivet och artikel 102.3 i LUF-direktivet riktar sig till. Enligt utredningens bedömning rör det sig dock om bestämmelser som inte kräver något genomförande genom föreskrifter i de nya författningarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Ansvar för det ömsesidiga bistånd som avses i artiklarna bör lämpligen anförtros den myndighet som enligt ovan föreslagna förordningsbestämmelser ska utföra uppgifter som följer av upphandlingsdirektivets bestämmelser om europeiskt enhetligt upphandlingsdokument, bevismedel och online-verktyg för tillhandahållande av intyg och certifikat (e-Certis) (se avsnitten 7.4.3, 7.5.3 och 7.6.3). Konkurrensverket bör således ansvara även för det ömsesidiga biståndet.

Sammanfattningsvis bör bestämmelserna om informationsutbyte i artikel 86.2 i LOU-direktivet och artikel 102.2 i LUF-direktivet inte genomföras genom föreskrifter i de nya författningarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna om pilotprojekt beträffande visst informationssystem i artikel 86.3 i LOU-direktivet och artikel 102.3 i LUF-direktivet bör inte föranleda några föreskrifter i författning. Bestämmelserna i artikel 86.1 i LOU-direktivet och artikel 102.1 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i förordning.

Föreskrifterna som genomför bestämmelserna i artikel 86.1 i LOU-direktivet och artikel 102.1 i LUF-direktivet och som ska meddelas genom förordning bör utformas enligt följande.

Ömsesidigt bistånd

X § Konkurrensverket ska bistå upphandlande myndigheter och enheter från andra länder och vidta åtgärder för ett effektivt samarbete med dessa. Detta gäller särskilt i fråga om informationsutbyte i frågor som avses enligt Y §¹⁰ lagen (2016:0000) om offentlig upphandling och Z¹¹ lagen (2016:0000) om upphandling inom försörjningssektorerna.

¹⁰ Bestämmelserna som genomför artiklarna 42, 43, 44, 57, 60, 62, 64 och 69 i LOU-direktivet.

¹¹ Bestämmelserna som genomför artiklarna 62, 81 och 84 i LUF-direktivet.

13 Konsekvenser

Utredningens bedömning: Utredningens bedömningar beträffande hur de artiklar i LOU-direktivet och LUF-direktivet som omfattas av utredningens uppdrag bör genomföras påverkar upphandlande myndigheter, upphandlande enheter, leverantörer, Konkurrensverket och domstolarna, framförallt de allmänna förvaltningsdomstolarna. Bedömningarna och de förslag dessa har lett fram till kommer dock inte att leda till några ökade kostnader för de berörda.

Förslagen och bedömningarna bör inte leda till några merkostnader för staten och innebär inte heller att den kommunala självstyrelsen begränsas.

Bedömningarna och de förslag de har lett fram till bör sammantaget inte leda till ökade kostnader för företagen.

Skälen för utredningens bedömning

Inledning

Bestämmelserna i LOU-direktivet och LUF-direktivet syftar enligt EU-lagstiftaren till att ge upphandlande myndigheter och enheter tillgång till ett mer flexibelt och förtydligt regelverk jämfört med dagens, vilket skapar möjligheter att göra upphandlingarna mer effektiva. Dessutom betonar EU-lagstiftaren upphandling som ett medel för att nå olika samhällspolitiska mål. Direktiven är i flera delar också ett uttryck för att EU-lagstiftaren har önskat kodifiera EU-domstolens praxis på upphandlingsområdet. Detta gäller inte minst för de artiklar som omfattas av utredningens uppdrag.

Enligt utredningens mening kommer de genomförandeåtgärder som utredningen föreslår bidra till att ovan åsyftade resultat uppnås. De föreskrifter som utredningen föreslår kommer således att bidra till att de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna blir tydligare och mer flexibla.

Ekonomiska konsekvenser och konsekvenser för staten

Med hänsyn till att de föreskrifter som utredningen har föreslagit och att de bedömningar som utredningen har gjort får bedömas leda till att upphandlingsregelverket blir tydligare och mer flexibelt får det också antas att de föreslagna genomförandeåtgärderna inte kommer leda till några ökade kostnader hos upphandlande myndigheter, upphandlande enheter och leverantörer. Avsikten är snarare att den nya regleringen ska ge upphov till minskade kostnader. Enligt utredningen har dock EU-lagstiftarens åtgärder för att öka flexibiliteten och förtydliga regelverket i viss mån gått ut över regelverkets överskådlighet. Att i regelverket erbjuda fler förfaranden och metoder för upphandling ökar givetvis flexibiliteten men innebär samtidigt att regleringen i viss utsträckning blir mer komplex. Utredningens metod att genomföra LOU-direktivet och LUF-direktivet så direktivnära som möjligt innebär att även den svenska regleringen får sådana effekter. Resultatet av en sammanvägning av berörda konsekvenser leder dock enligt utredningen till slutsatsen att utredningens förslag får tämligen begränsade ekonomiska konsekvenser.

När det gäller de uppgifter som utredningen föreslår ska åläggas Konkurrensverket att utföra, bedömer utredningen att dessa redan i dag i huvudsak faller inom verkets ansvarsområde som myndighet med ansvar för upphandlingsstödet. Enligt utredningen kan möjligen vissa merkostnader för verket förutses för ansvaret att registrera och uppdatera uppgifterna i e-Certis. Det ska dock noteras att verket tillsammans med Kammarkollegiet har deltagit i arbetet med att registrera uppgifter i e-Certis i dess nuvarande form. Sammanfattningsvis anser utredningen att eventuella merkostnader för verket inte kan bedömas bli sådana att de inte kan hanteras inom verkets befintliga budgetramar.

De föreskrifter som utredningen föreslår kan inte antas leda till en ökad måltillströmning till de allmänna domstolarna eller de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Den kommunala självstyrelsen

Av de föreskrifter som utredningen föreslår bör i fråga om den kommunala självstyrelsen nämnas de som genomför LOU-direktivets och LUF-direktivets bestämmelser om interna kontrakt och kontrakt mellan upphandlande myndigheter. Då även dessa bestämmelser är ett resultat av att EU-domstolens praxis har kodifierats får den kommunala självstyrelsen inte anses begränsas av att bestämmelserna nu meddelas i form av lag. Inte heller i övrigt begränsas den kommunala självstyrelsen av de genomförandeåtgärder som utredningen föreslår.

Konsekvenser för företagen

Flera av de artiklar som omfattas av utredningens uppdrag är motiverade av att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Utredningen bedömer att dessa sammantaget kommer att minska de administrativa kostnaderna för att delta i upphandlingar för alla leverantörer. Relativt sett kan dock minskningen antas få störst effekt hos små och medelstora företag. De enskilt viktigaste bestämmelserna i detta sammanhang är enligt utredning de som medger att endast den leverantör som ska tilldelas kontrakt kontrolleras med avseende på skäl för uteslutning och tillämpliga krav för val av leverantörer. Detta innebär nämligen i sin tur att det endast är den leverantör som ska tilldelas kontrakt som behöver lämna in erforderlig utredning.

Övriga konsekvenser

När det gäller effekterna på sysselsättningen av utredningens föreslagna åtgärder bör bestämmelserna om reserverade kontrakt nämnas. Enligt utredningen får det antas att dessa bestämmelser kommer att bidra till en ökad sysselsättning.

Förslagen bedöms inte ha några konsekvenser för den offentliga servicen i olika delar av landet, jämställdheten mellan kvinnor och män eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

I vilken utsträckning utredningens förslag kommer få några konsekvenser för miljön är oklart. Flera av de artiklar som omfattas av utredningens uppdrag är dock motiverade av miljöhänsyn. Som framgått rör det sig framförallt om förtydliganden av vad som redan gäller i dag. Vad EU-lagstiftaren dock har uppnått genom LOU-direktivet och LUF-direktivet är att miljöhänsyn har satts mer i förgrunden i förhållande till 2004 års direktiv. Effekterna av detta är svårbedömt. Enligt utredningen får det likväl antas att bl.a. bestämmelserna om livcykelkostnader kommer leda till att miljöhänsyn tas i större utsträckning i upphandlingar.

14 Förslag till lagtext med kommentarer

14.1 Bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling

Reserverade kontrakt

1 § *En upphandlande myndighet får*

1. reservera deltagandet i en upphandling för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer, eller

2. föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning,

om minst 30 procent av arbetstagarna i sådana verkstäder, hos sådana leverantörer eller i sådana program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

När en upphandlande myndighet avser att reservera ett kontrakt enligt första stycket, ska den i annonsen enligt X kap.¹ ange att upphandlingen ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverade kontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om reserverade kontrakt och genomför artikel 20 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.3.4.

I första stycket används begreppen ”skyddade verkstäder”, ”leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och av missgynnade personer” och ”program för skyddad anställning”. Begreppen får tolkas i ljuset av skälen i direktivet. I avsnitt 3.3.4 finns en analys av vilka leverantörer i Sverige som kan antas vara aktuella för reserverade kontrakt.

¹ Kapitlet Annonsering av upphandling.

Bestämmelserna i *första stycket 1* tar sikte på stadiet när leverantörer som kan tilldelas kontrakt väljs ut medan de i *första stycket 2* rör stadiet när ett kontrakt ska fullgöras. I båda fallen gäller den grundläggande förutsättningen att minst 30 procent av arbetstagarna i någon av de tre olika verksamheterna som är aktuella, är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer. Om just dessa personer är involverade i att fullgöra det aktuella kontraktet eller ej, saknar betydelse för bestämmelsernas tillämpning. Begreppet arbetstagare har i sammanhanget inte en strikt formell betydelse. För att vara arbetstagare i paragrafens mening är det tillräckligt att denne faktiskt är sysselsatt hos leverantören.

Av *andra stycket* framgår att det i annonsen ska anges att upphandlingen genomförs enligt bestämmelserna om reserverade kontrakt. Denna upplysning ska tas in i den annons genom vilken anbud infordras.

Kommunikation med hjälp av elektroniska medel

Kommunikation mellan en upphandlande myndighet och leverantörer

2 § *En upphandlande myndighet ska se till att elektroniska medel används så långt det är möjligt vid kommunikation under en upphandling enligt denna lag.*

3 § *Användningen av elektroniska medel vid kommunikation ska vara icke-diskriminerande och inte begränsa leverantörernas tillträde till en upphandling.*

De elektroniska medlen ska vara allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som används i allmänhet.

Paragraferna innehåller bestämmelser om kommunikation till och från en upphandlande myndighet med hjälp av elektroniska medel och genomförs tillsammans med 4 § artikel 22.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

Av 2 § framgår att all kommunikation mellan en upphandlande myndighet och leverantörer bör genomföras med hjälp av elektroniska medel. Regeln begränsar sig inte till någon viss typ av uppgift eller viljeyttring utan gäller för alla typer av överföring av intellektuellt innehåll till och från en upphandlande myndighet under en upp-

handling. Av formuleringen att myndigheten ”ska se till” att överföringen sker med hjälp av elektroniska medel ”så långt det är möjligt” följer att det inte rör sig om någon skyldighet.

Även om det inte rör sig om någon skyldighet, ställer regleringen ändå krav på att myndigheten med rimliga insatser ser till att kommunikationen genomförs med hjälp av elektroniska medel. Vad som är rimligt får avgöras av myndigheten från fall till fall. Oavsett om en insats är rimlig eller ej, ska kraven i fråga om de elektroniska medlen enligt 3 § vara uppfyllda.

I lagförslaget i övrigt finns särskilda regler som begränsar det handlingsutrymme som en myndighet har enligt det ovan sagda vid valet av andra medel än elektroniska för kommunikation. Sådana bestämmelser finns bl.a. i 4 §.

Reglerna i 3 § uttrycker några olika aspekter på att användningen av elektroniska medel inte ska få leda till att en eller flera leverantörers tillträde till en upphandling på grund av det elektroniska medlet begränsas på ett orimligt sätt. Paragrafens ordalydelse är inte densamma som den enligt nuvarande 9 kap. 2 § LOU. Innebörden av de båda paragrafernas bestämmelser är dock densamma.

Leverantörers kommunikation med en upphandlande myndighet

4 § *En upphandlande myndighet ska anvisa elektroniska medel som leverantörer ska använda när de kommunicerar med myndigheten. Leverantörerna ska vid kommunikationen använda de elektroniska medel som myndigheten har anvisat.*

De anvisade elektroniska medlen enligt första stycket ska uppfylla kraven enligt 3 §, om inte annat följer av 8 §.

Bestämmelser om undantag från första stycket finns i 5–7 §§.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kommunicering av uppgifter och viljeyttringar från leverantörer till en upphandlande myndighet och genomför tillsammans med 2 och 3 §§ artikel 22.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

Regleringen i *första stycket* innebär att en upphandlande myndighet under vissa förutsättningar är skyldig att anvisa elektroniska medel för leverantörers kommunikation med myndigheten. Kravet är ensidigt i så måtto att det endast gäller för överföringar från leverantörerna till myndigheten. Myndigheten är vidare skyldig att

ta emot kommunikation som överförs med sådana elektroniska medel som har anvisats. Om en leverantör använder ett annat medel för kommunikation än det elektroniska medel som har anvisats enligt första stycket, riskerar leverantören att myndigheten bortser från innehållet. Detta gäller, som framgår nedan, under förutsättning att det anvisade elektroniska medlet enligt första stycket uppfyller kraven enligt 3 §.

Av *andra stycket* framgår att de anvisade elektroniska medlen ska uppfylla kraven enligt 3 §. Går det inte att få till stånd en ordning som uppfyller dessa krav, är myndigheten sålunda inte heller skyldig att anvisa något elektroniskt medel enligt första stycket. Som framgår av 8 § kan myndigheten under vissa förutsättningar likväl anvisa ett elektroniskt medel som inte uppfyller kraven enligt 3 §.

I *tredje stycket* hänvisas till att det finns bestämmelser om undantag från första stycket i 5–7 §§.

5 § *En upphandlande myndighet är inte skyldig att anvisa elektroniska medel för kommunikation enligt 4 § om*

1. en användning av sådana medel på grund av en upphandlings specialiserade beskaffenhet kräver särskilda utrustningar eller filformat som inte är allmänt tillgängliga eller som inte stöds av allmänt tillgängliga applikationer,

2. de filformat som är lämpliga för beskrivningen av ett anbud inte kan användas med någon annan applikation än en som

a) inte är öppen eller allmänt tillgänglig, eller

b) omfattas av en licensordning och inte kan göras tillgänglig genom nedladdning eller direktanslutning för myndigheten,

3. en användning av sådana medel kräver specialiserad kontorsutrustning som inte är allmänt tillgänglig för myndigheten, eller

4. det enligt upphandlingsdokumenten krävs att leverantörerna lämnar in fysiska modeller till myndigheten.

Om myndigheten inte anvisar något elektroniskt medel för kommunikation i en upphandling för delar av eller hela kommunikationen enligt första stycket, ska motsvarande delar av eller hela kommunikationen genomföras med andra medel än elektroniska.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel enligt 4 § och genomför artikel 22.1 andra och tredje styckena i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

Bestämmelserna i *första stycket* utgör en precisering av de allmänt hållna reglerna i 3 § och reglerar vissa särskilda aspekter på överföring från leverantörer till en upphandlande myndighet. Till skillnad från regleringen i 3 § tar bestämmelserna i denna paragraf sikte på framförallt förhållanden hos myndigheten. Reglerna är dessutom relativt väl avgränsade regler om undantag från en skyldighet – skyldigheten att enligt 4 § anvisa och använda elektroniska medel vid kommunikation. Bestämmelserna bör därför tolkas restriktivt.

Syftet med reglerna i *första stycket 1–3* får bedömas bli tillgodosett i det stora flertalet situationer redan genom en tillämpning av 3 §. Regleringen kommer således att bli aktuell först när ett elektroniskt medel uppfyller kraven enligt 3 § och den upphandlande myndigheten trots detta anser att medlet inte kan begagnas. Sådana situationer får antas bli sällan förekommande. Den närmare innebörden av punkterna 1–3 får bedömas av rättstillämparen.

Regleringen i *första stycket 4* tar sikte på sådana situationer när något annat än ett fysiskt inlämnande är uteslutet. Som framgår av artikel 22.1 andra stycket d i direktivet rör det sig om inlämning av arkitektmodeller eller andra modeller. En förutsättning för att punktens undantag ska kunna tillämpas är att det av upphandlingsdokumenten för upphandlingen i fråga framgår att leverantörerna ska lämna in fysiska arkitektmodeller eller andra fysiska modeller.

Av *andra stycket* följer att en undantagssituation enligt första stycket inte med nödvändighet innebär att all kommunikation under upphandlingen kan genomföras med andra medel än elektroniska. Undantagen gäller enbart för de delar av kommunikationen som enligt första stycket inte behöver genomföras med hjälp av elektroniska medel.

6 § *En upphandlande myndighet får göra undantag från 4 § och anvisa andra medel än elektroniska för kommunikation på grund av informationssäkerhetsbrister hos myndigheten eller om kommunikationen rör uppgifter av särskilt känslig natur.*

Undantag enligt första stycket får göras endast i den utsträckning det är nödvändigt för att uppnå tillräckligt skydd mot att uppgifterna röjs obehörigen och detta inte kan uppnås genom användning av elektroniska medel som

- 1. är allmänt tillgängliga för leverantörer eller*
- 2. kan göras tillgängliga för leverantörer genom alternativa medel för kommunikation enligt 8 §.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel enligt 4 § och genomför artikel 22.1 fjärde stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

Av *första stycket* framgår att en upphandlande myndighet kan överväga att anvisa andra medel än elektroniska för kommunikationen i två olika närmare angivna situationer, nämligen för det första på grund av informationssäkerhetsbrister hos myndigheten och för det andra om uppgifterna som kommunikationen rör är av särskilt känslig natur.

Utgångspunkten är att en upphandlande myndighets system för hantering av elektronisk kommunikation uppfyller vederbörliga krav på informationssäkerhet. Det kan dock inte uteslutas att den informationssäkerhet som erfordras inte kan upprätthållas av myndigheten under kortare perioder på grund av obehörigt intrång eller annan obehörig påverkan. I sådana undantagssituationer kan det för myndigheten finnas behov av att kunna anvisa andra medel än elektroniska för kommunikationen.

När det gäller uppgifternas natur, framgår det av regleringen att det ska röra sig om uppgifter som är av särskilt känslig natur. Ordvalet ”särskilt känslig natur” i paragrafen motsvarar ”särskilt känsliga karaktären” i artikeln. Vad EU-lagstiftaren har åsyftat med markeringen ”särskilt känsliga karaktären” låter sig inte närmare beskrivas. Det synes dock i ett svenskt perspektiv vara rimligt att utgå från att uppgifter av särskilt känslig natur är dels uppgifter som är sekretessreglerade och inte får röjas enligt tillämpliga bestämmelser i OSL, dels information som kan skyddas med stöd av lagen om företagshemligheter (se avsnitt 3.4.1).

En upphandlande myndighet kan dock inte enbart hänvisa till första stycket och besluta sig för att göra undantag från 4 § på grund av informationssäkerhetsbrister eller på grund av uppgifternas särskilt känsliga natur. Av *andra stycket* följer nämligen att ett avsteg från 4 § erfordrar att två ytterligare förutsättningar ska vara för handen. För det första ska avsteget vara nödvändigt för att uppnå tillräckligt skydd mot att uppgifterna röjs obehörigen. För det andra ska tillräckligt skydd inte kunna uppnås på vissa närmare angivna sätt enligt andra stycket 1 och 2.

Att åtgärden ska vara nödvändig för att uppnå tillräckligt skydd innebär bl.a. att undantag från 4 § enbart får göras i delar av kommunikationen där det är nödvändigt för att uppnå tillräckligt skydd (jfr 5 § andra stycket).

7 § Utan hinder av skyldigheten att anvisa elektroniska medel får myndigheten kommunicera muntligt, om det är lämpligt och kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen samt myndigheten dokumenterar uppgifterna från den muntliga kommunikationen, om de har betydelse för handläggningen av upphandlingen.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel enligt 4 § och genomför artikel 22.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

En upphandlande myndighet och en leverantör får kommunicera muntligt, om det är lämpligt och kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen. Vad som är väsentliga delar av en upphandling får tolkas i ljuset av artikel 22.2 i direktivet. I punkten anges att väsentliga delar är upphandlingsdokument, anbudsansökningar, intresseförklaringar och anbud.

En ytterligare förutsättning för att muntlighet ska tillåtas är i och för sig självklar, nämligen att det som kommer fram vid den muntliga kommunikationen dokumenteras. Men eftersom denna förutsättning har uttryckts i artikeltexten som ett självständigt rekvisit har utredningen också genomfört artikeln på det sättet.

8 § En upphandlande myndighet får vid behov anvisa ett elektroniskt medel trots att det kräver användning av sådan utrustning att medlet inte är att anse som allmänt tillgängligt. Om myndigheten anvisar ett sådant medel, ska den erbjuda lämpliga alternativa elektroniska medel för kommunikation.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från kravet att det anvisade elektroniska medlet ska vara allmänt tillgängligt och genomför artikel 22.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

Bestämmelsen i *första meningen* medger att en upphandlande myndighet anvisar elektroniska medel för kommunikation som erfordrar en användning av sådan utrustning att medlen inte är att anse som allmänt tillgängliga. Detta undantag från 3 § kan utnyttjas vid behov. Vad som avses med detta begrepp går dock inte att tydligt konkretisera utan får avgöras i rättstillämpningen.

Begreppet och dess funktion som ett undantag från vad som kan sägas vara huvudregel ger dock vid handen att det inte är tillräckligt att en upphandlande myndighet med tillämpning av paragrafen gör

undantag från 3 § med hänvisning till allmänna lämplighetsöverväganden. Det får i stället anses åvila myndigheten att den visar att det med rimliga åtgärder från myndighetens sida inte går att anvisa ett elektroniskt medel som är allmänt tillgängligt i den mening som avses i 3 §.

En annan aspekt på regleringen i denna paragraf, 8 §, är hur 3 § ska tillämpas. Med hänsyn till syftet med bestämmelserna i 3 §, bör de bestämmelserna tolkas branschspecifikt. Detta innebär att en myndighet vid en upphandling av exempelvis en anläggning av omfattande natur, lär kunna anvisa elektroniska medel som medger en BIM-baserad hantering hos myndigheten utan att det strider mot 3 § (angående begreppet BIM se avsnittet Möjligheter att avvika från målsättningen och skyldigheten i avsnitt 3.5.3). I ett sådant fall blir det alltså inte ens aktuellt att tillämpa undantagsbestämmelserna i 8 §.

Av *andra meningen* framgår att en upphandlande myndighet ska erbjuda lämpliga elektroniska medel som alternativ till det anvisade, om den väljer att enligt första meningen göra undantag från 3 §. Vad som är lämpligt får tolkas i ljuset av artikel 22.5 i direktivet där det finns en beskrivning av tre olika åtgärder som innebär att en myndighet ska anses ha erbjudit lämpliga alternativ för kommunikation med hjälp av elektroniska medel. Uppräkningen är inte uttömmande varför även andra åtgärder kan komma att anses som lämpliga – eller med artikelns ordval ”passande”.

Information om användning av elektroniska medel

9 § *En upphandlande myndighet ska se till att information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling, ska finnas tillgänglig för alla berörda parter.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandlande myndighet ska lämna vissa för användningen av elektroniska medel nödvändiga uppgifter och genomför artikel 22.6 första stycket a i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 9 kap. 3 § första stycket LOU.

I paragrafen beskrivs vilka som ska informeras om nödvändiga uppgifter för den elektroniska inlämningen. Denna grupp begränsas av två rekvisit. För det första ska det röra sig om en person som är

berörd av informationen om inlämning. För det andra ska denna person vara att betrakta som en berörd part. Även om begreppet part i detta sammanhang inte tycks böra tolkas i någon mer bestämd juridisk mening, tyder valet i direktivet att använda ”parter” i stället för leverantörer på att regleringen tar sikte på sådana leverantörer som har gett uttryck för att de avser att lämna in en anbudsansökan eller ett anbud i den aktuella upphandlingen.

Regleringen kan mot denna bakgrund knappast bedömas ställa krav på att informationen i fråga ska lämnas i en annons. Det torde i stället vara tillfyllest att informationen i tillräckligt god tid når de leverantörer som avser att lämna in en anbudsansökan eller ett anbud. Om en upphandlande myndighet av ett eller annat skäl anser att spridningen av informationen behöver begränsas till de leverantörer som har sådana avsikter, så hindrar bestämmelserna inte att myndigheten ordnar informationsöverföringen med sådana begränsningar. Om något sådant behov inte finns, framstår dock annonsen och givetvis även upphandlingsdokumenten i övrigt som lämpliga kanaler för informationsöverföringen.

Krav på den utrustning som används vid elektronisk överföring och mottagning

10 § *En upphandlande myndighet får kräva att en anbudsansökan eller ett anbud ska vara försedd med en avancerad elektronisk signatur enligt lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer, om det behövs.*

Myndigheten ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa tid och dag för mottagande av anbudsansökningar och anbud samt ritningar och planer i projektävlingar. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att vissa uppgifter går att få fram, att bara behöriga personer ska få tillgång till uppgifterna och att det ska gå att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

De åtgärder som en myndighet vidtar i olika faser av kommunikationen för att tillse att hanteringen blir tillräckligt säker, ska stå i proportion till de risker som har identifierats i respektive fas.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om säkerhetsanordningar i fråga om mottagandet av anbudsansökningar och anbud samt ritningar och planer i projektävlingar.

Paragrafen innehåller bestämmelser om åtgärder för att trygga en säker hantering av vissa uppgifter i en upphandling och genomför artikel 22.6 första stycket b och c i direktivet och, tillsammans med 12 §, bilaga IV till direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

Bestämmelserna i *första stycket* har sina motsvarigheter i nuvarande 9 kap. 3 § andra stycket LOU. I förhållande till dessa nuvarande bestämmelser finns det dock en skillnad. Regleringen tar numera sikte på både anbudsansökningar och anbud.

Reglerna i *andra stycket* har sina motsvarigheter i nuvarande 9 kap. 3 § tredje stycket LOU. Till skillnad från nuvarande reglering i LOU nämns dock uttryckligen i andra stycket inte bara mottagningen av materialet utan också fastställandet av tid och dag.

Av *tredje stycket* framgår att de åtgärder som vidtas i säkerhets-hänseende beträffande hur den elektroniska kommunikationen ska anordnas, ska stå i proportion till säkerhetsriskerna.

I *fjärde stycket* upplyses liksom i nuvarande 9 kap. 3 § fjärde stycket LOU om att regeringen kan meddela närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna (jfr prop. 2006/07:128 s. 372).

Uppgifter från leverantörer ska bevaras säkert

11 § *Uppgifter som har lämnats vid kommunikation under en upphandling ska bevaras säkert.*

Paragrafen innehåller en bestämmelse om säker bevaring av uppgifter och genomför, tillsammans med 12 §, artikel 22.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 9 kap. 6 § LOU.

Paragrafen syftar till att hanteringen och lagringen av uppgifter från leverantörer ska var säker och förhindra manipulering. Begreppet kommunikation är tillräckligt för att täcka in nämnda hantering och lagring. Att begreppen ”informationsutbyte” och ”lagrade uppgifter som rör ett upphandlingsärende” har utgått i förhållande till nuvarande 9 kap. 6 § LOU innebär ingen ändring i sak.

Öppnande av anbud

12 § *En upphandlande myndighet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudet förrän tidsfristen för att komma in med anbudsansökan respektive anbud har gått ut.*

Försändelser med anbud ska, samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten ska delta. Anbudet ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en av en handelskammare utsedd person närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandlande myndighet inte får ta del av anbudsansökningar och anbud före en viss tidpunkt och om förrättningen när myndigheten tar del av anbud. Paragrafen genomför, tillsammans med 11 §, artikel 22.3 i direktivet och, tillsammans med 10 §, bilaga IV till direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 9 kap. 7 § LOU.

Brott

13 § *En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar*

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen,

4. penningtvätt eller finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism,

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i nämnda rambeslut, eller

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rådets rambeslut 2002/629/RIF.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om personen är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Paragrafen innehåller bestämmelser om uteslutning av leverantörer från att delta i upphandlingar på grund av brott och genomför artikel 57.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 10 kap. 1 § första och andra styckena LOU (jfr även 11 kap. 1 § första och andra styckena lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet). Punkten 6 i första stycket saknar dock motsvarighet i nuvarande LOU.

I första stycket finns en uppräkningsgrunder hänförliga till brott. Grunderna är s.k. obligatoriska uteslutningsgrunder vilket följer av att det anges att en upphandlande myndighet "ska" utesluta en leverantör om förutsättningarna för uteslutning är uppfyllda. Den närmare innebörden av hänvisningarna till olika EU-rättsakter behandlas i övervägandena.

Bestämmelserna om uteslutning i första stycket kompletteras i andra stycket med regler om vilken anknytning en fysisk person ska ha till en leverantör som är en juridisk person för att missförhållanden hänförliga till den fysiska personen ska kunna beaktas. Personkretsbestämningen enligt andra stycket tycks vara något snävare än den som följer av nuvarande 10 kap. 1 § andra stycket

LOU. Till skillnad mot regleringen i nuvarande 10 kap. 1 § andra stycket LOU bestäms personkretsen enligt andra stycket i första hand med hänvisning till kriterier av formell karaktär. Personen ska antingen ingå i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan eller om han eller hon inte ingår i dessa organ ha motsvarande behörighet. Om en leverantör är ett aktiebolag, får en person som ingår i styrelsen, är firmatecknare eller är vd antas ingå i personkretsen enligt andra stycket. Den närmare innebörden av bestämmelserna om hur personkretsen ska bestämmas får dock komma att anges genom rättstillämpningen.

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

14 § *En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker och detta har fastställts genom ett lagakraftvunnet och bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut.*

En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

Paragrafen innehåller bestämmelser om uteslutning av leverantörer från att delta i upphandlingar på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter och genomför artikel 57.2 första och andra styckena i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU med den skillnaden att uteslutning enligt *första stycket* ”ska” beslutas i stället för ”får”. Grunderna är alltså s.k. obligatoriska uteslutningsgrunder vilket följer av att det anges att en upphandlande myndighet ”ska” utesluta en leverantör om förutsättningarna för uteslutning är uppfyllda. Det är dock inte tillräckligt att myndigheten känner till detta förhållande. Dessutom måste bristerna ha fastställts genom ett lagakraftvunnet bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut.

I *andra stycket* anges att myndigheten ”får” utesluta på angivna grunder om myndigheten på annat lämpligt sätt kan visa missförhållandena i fråga. Det anges dock inte vilka sätt som kan anses lämpliga för att visa denna uteslutningsgrund. Den frågan får i

stället besvaras i rättstillämpningen. Ordet ”annat” finns inte i direktivtexten. Utredningen anser det dock givet att vad som avses är något annat sätt än som anges i första stycket och har funnit det lämpligt att införa det ordet.

Allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs

15 § *En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om*

1. myndigheten på något lämpligt sätt kan påvisa att leverantören har åsidosatt tillämpliga skyldigheter som avses i 103 §,

2. leverantören är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer, har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,

3. myndigheten på lämpligt sätt kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrída konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt, ett tidigare kontrakt med en upphandlande enhet eller en tidigare koncession, och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. myndigheten inte kan undvika en snedvridding av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av att det föreligger jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. myndigheten genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören inte kan avhjälpas en snedvridding av konkurrensen på grund av ett sådant tidigare deltagande från leverantörens sida som avses i X §²,

8. leverantören i allvarlig omfattning har lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upp-

² Bestämmelserna som genomför artikel 41 i direktivet.

handlingen enligt 13–19 §§ eller av att leverantören uppfyller tillämpliga krav för val av leverantörer enligt 52–56 §§, har undanhållit sådan information eller inte har kunnat lämna de kompletterande dokument som myndigheten har begärt in enligt 60–62 §§, och

9. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess, tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under upphandlingen i fråga om uteslutning av leverantörer, val av leverantörer som kan tilldelas kontrakt och tilldelning av kontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om uteslutning av leverantörer från att delta i upphandlingar på grund av allvarliga brister i övrigt i fråga om hur leverantörernas verksamhet bedrivs och genomförs enligt artikel 57.4 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.3.

Grunderna som räknas upp i paragrafen är s.k. fakultativa uteslutningsgrunder vilket följer av att det anges att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör om förutsättningarna för uteslutning är uppfyllda.

Punkterna 2, 3, och 8 motsvarar i allt väsentligt nuvarande 10 kap. 2 § första stycket 1, 2, 4 och 6 LOU och innebär inga förändringar av rättsläget i förhållande till nuvarande LOU.

Punkt 1 ger en möjlighet att utesluta en leverantör som inte iakttar sina skyldigheter enligt 103 §, dvs. avseende miljöhänsyn m.m.

Bestämmelserna i *punkt 4* tar sikte på situationer där en leverantör har ingått en överenskommelse med en eller flera andra leverantörer i syfte att snedvrیدا konkurrensen. För punktens tillämpning är det tillräckligt att syftet med överenskommelsen är att snedvrیدا konkurrensen. Regleringen förutsätter alltså inte att syftet faktiskt också har uppnåtts.

Punkt 5 rör en leverantörs brister i fullgörandet av tidigare kontrakt med den upphandlande myndigheten eller med andra upphandlande myndigheter eller enheter. Med upphandlande enheter avses upphandlande enheter enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Bristerna ska enligt punkten ha lett till uppsägning av kontraktet eller till skadestånd eller jämförbar påföljd. Bestämmelsen gäller enbart kontrakt enligt de nya lagarna

om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna och de bestämmelser som genomför LUK-direktivet.

Punkterna 6 och 7 inriktar sig på konsekvenser av kontakter mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Om de regler som finns i ämnet, dvs. tillämpliga jävsbestämmelser och bestämmelserna som genomför artikel 41 i direktivet, inte kan motverka de för upphandlingen negativa konsekvenserna av kontakterna, kan myndigheten som en sista utväg utesluta leverantören med stöd av dessa punkter.

Enligt *punkt 9* kan en leverantörs otillbörliga påverkan under en offentlig upphandling medföra att leverantören ska uteslutas från upphandlingen. Bestämmelsen är inte tillämplig vid eventuell otillbörlig påverkan på andra offentliga upphandlingar. En otillbörlig påverkan under en upphandling kan sålunda inte medföra uteslutning från en annan upphandling. Punkten kan vidare sägas ta sikte på två olika situationer. Den första förutsätter en avsikt från leverantörens sida att påverka beslutsprocessen eller att tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar. Den andra gäller om leverantören av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på beslut om uteslutning, val av leverantörer och tilldelning av kontrakt. Sekretessbelagda uppgifter i punkten motsvarar konfidentiell information enligt artikel 57.4 första stycket i i direktivet.

Utredning

16 § *En upphandlande myndighet ska innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som myndigheten anser utgöra skäl för uteslutning.*

Om leverantören anser att skäl inte finns för uteslutning, ska det anges i yttrandet. Leverantören ska tillsammans med yttrandet ge in den utredning enligt 63–66 § som myndigheten har begärt. Leverantören bör även tillsammans med yttrandet ge in sådan utredning i övrigt som visar att denne är tillförlitlig.

Paragrafen innehåller bestämmelser om utredning när uteslutning av en leverantör från att delta i en upphandling aktualiseras och genomför artikel 57.6 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.3.

Paragrafen reglerar momenten vid beredningen inför ett ställningsstagande beträffande uteslutning. Momenten är centrala för att proportionalitetsprincipen ska kunna iakttas när ett eventuellt beslut om uteslutning fattas. Genom paragrafen fastställs villkoren för tillämpningen av artikel 57 i direktivet i enlighet med punkt 7 i samma artikel.

Första stycket anvisar den åtgärd som den upphandlande myndigheten ska vidta när den bedömer att det finns tillräckliga skäl för uteslutning. Myndigheten ska ge leverantören i fråga tillfälle att bemöta och kommentera myndighetens påståenden och de omständigheter myndigheten anser utgöra skäl för uteslutning.

Av *andra stycket* framgår vilka åtgärder leverantören ska eller bör vidta. Om leverantören inte iakttar detta löper den en risk att uteslutas.

Det bör här anmärkas att utredningens förslag i denna del inte har någon ordagrann motsvarighet i artikel 57.6 i direktivet. Enligt utredningens mening måste dock lagtexten tillföras nu aktuell bestämmelse som är av närmast administrativ karaktär. Vidare talar också nämnda proportionalitetsskäl för en sådan komplettering. Särskilt bör här också anmärkas att uteslutningsförfarandet ligger nära myndighetsutövning.

Undantag från uteslutning i vissa fall

17 § En leverantör ska inte uteslutas enligt 13 eller 15 §, om leverantören visar att denne har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som har orsakats av brottet eller det allvarliga felet,

2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och aktivt samarbetar med de utredande myndigheterna, och

3. vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel.

När en upphandlande myndighet bedömer om leverantörens åtgärder enligt första stycket är tillräckliga, ska myndigheten beakta allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet.

En leverantör ska inte uteslutas enligt 14 §, när denne har fullgjort sina åligganden avseende skatter och socialförsäkringsavgifter inklusive eventuell ränta eller sanktionsavgift eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande.

Paragrafen innehåller bestämmelser om särskilda undantag från 12–14 §§ och genomför artikel 57.2 tredje stycket, 57.4 andra stycket, 57.6 andra stycket och, tillsammans med 19 §, artikel 57.6 tredje stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.3.

Paragrafen reglerar de situationer som innebär att uteslutning inte ska ske trots att det finns förutsättningar för uteslutning enligt någon av grunderna enligt 13–15 §§. Den får sägas vara ett uttryck för proportionalitetsprincipen i så måtto att missförhållanden enligt nämnda paragrafer inte alltid kan sägas påverka den aktuella upphandlingen på ett sådant sätt att uteslutning måste beslutas.

Förutsättningarna enligt paragrafen ska vara uppfyllda innan beslut om uteslutning fattas. Det innebär att en utesluten leverantör inte kan återinträda och fortsätta att delta i upphandlingen av det skälet att förutsättningarna enligt paragrafen har uppfyllts efter att beslutet om uteslutning har fattats.

Ordvalet ”när” leverantören har fullgjort sina skyldigheter i artikel 57.2 tredje stycket i direktivet ger möjligen ett intryck av leverantören kan återinträda när skyldigheterna som avses i 14 § har fullgjorts. Ett återinträde bör som utredningen har anfört i övervägandena i avsnitt 7.2.3 dock inte tillåtas. Av inte minst effektivitetsskäl bör ordet ”när” i artikeltexten tolkas så att det har ett tidsmässigt samband med upphandlingsförfarandets skeden på så vis att möjligheten att visa att ett påstått missförhållande inte föreligger är avhängigt ett slutligt beslut, t.ex. att uteslutningsbeslutet inte fattats.

Första stycket rör grunderna enligt 13 eller 15 §. För att bestämmelsen ska leda till att en upphandlande myndighet underlåter att besluta om uteslutning, krävs att förutsättningarna i styckets samtliga tre punkter är uppfyllda. Kompletterande bestämmelser finns i tredje stycket.

I *andra stycket* finns bestämmelser som gäller bedömningen av förutsättningarna enligt första stycket. Som framgår av stycket ska allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet i fråga beaktas vid nämnda bedömning.

Tredje stycket gäller grunderna enligt 14 §. Sanktionsavgift enligt stycket motsvarar böter i artikel 57.2 tredje stycket i direktivet. Ordet sanktionsavgift har valts för att bringa bestämmelsen i bättre överensstämmelse med svensk rätt utan att för den skull ändra innebörden av artikeln. Med formuleringen blir det tydligare att skattetillägg omfattas av regeln. Några andra särskilda avgifter enligt skatteförarandelagen (2011:1244) torde inte falla in under begreppet böter enligt artikeln.

18 § *En upphandlande myndighet får underlåta att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det finns tvingande hänsyn till allmänintresset.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från 13–15 §§ på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset och genomför artikel 57.3 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.3.

Paragrafens bestämmelser medger att en upphandlande myndighet underlåter att iaktta en skyldighet att utesluta en leverantör. Att bestämmelserna tar sikte på sådana situationer då myndigheten har en skyldighet att utesluta leverantören, innebär att den i formell mening enbart omfattar de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Denna begränsning innebär dock inte att hänsyn hänförliga till sådana allmänintressen som avses i paragrafen inte kan tas när fråga är om tillämpning av en fakultativ uteslutningsgrund. Om omständigheterna är sådana att de är att betrakta som tvingande hänsyn till allmänintresset enligt paragrafen, så medger redan en upphandlande myndighets handlingsutrymme enligt paragrafen med de fakultativa uteslutningsgrunderna, 15 §, att myndigheten underlåter att besluta om uteslutning.

Den närmare innebörden av begreppet ”tvingande hänsyn till allmänintresset” får bedömas av rättstillämparen, ytterst EU-domstolen. Viss anvisning ges genom den exemplifierande uppräkningsen i artikeln (”såsom folkhälsa eller miljöskydd”). Vägledning kan också hämtas från den rättspraxis som gäller tillämpningen av motsvarande begrepp ”tvingande hänsyn till ett allmänintresse” enligt 16 kap. 14 § LOU.

Beslut om uteslutning

19 § *En upphandlande myndighet kan när som helst under en upphandling utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen enligt 13–18 §§, om grund för uteslutning enligt dessa paragrafer visar sig föreligga med hänsyn till leverantörens handlande eller underlåtenhet att handla antingen före eller under upphandlingen.*

En upphandlande myndighet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och dess skäl.

Paragrafen innehåller bestämmelser om beslut om uteslutning och genomför artikel 57.5 och, tillsammans med 17 §, 57.6 tredje stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.3.

Paragrafen är generellt utformad och gäller för beslut om uteslutning oavsett vilken uteslutningsgrund som tillämpas. Denna avvikelse från artikel 57.5 och 57.6 tredje stycket i direktivet ligger dock inom det handlingsutrymme för nationella bestämmelser som följer av artikel 57.7 i direktivet.

Innan en upphandlande myndighet beslutar att en leverantör ska uteslutas från att delta i en upphandling måste myndigheten försäkra sig om att åtgärden inte strider mot proportionalitetsprincipen. Principen ska för övrigt vara ett tema under hela tiden då en fråga om uteslutning är aktuell. Om myndigheten redan när grunden för uteslutning aktualiseras kan konstatera att en uteslutning strider mot proportionalitetsprincipen, finns det ingen anledning för myndigheten att utreda frågan vidare.

Att proportionalitetsprincipen är ett tydligt anvisat tema i hanteringen innebär dock inte att upphandlande myndigheter in absurdum i alla situationer ska väga åtgärden uteslutning mot varje tänkbart motstående enskilt intresse. För att det enskilda intresset ska beaktas bör det vara klart identifierbart och av verklig substans. Vidare medger tillämpningen av principen ett visst handlingsutrymme för myndigheterna. (Jfr SOU 2010:29 s. 182.)

Den proportionalitetsbedömning som ska beaktas vid beslutsfattandet kan te sig något olika beroende på om det rör sig om obligatoriska eller fakultativa uteslutningsgrunder. Handlingsutrymmet för en upphandlande myndighet beträffande de obligatoriska grunderna är mer begränsat än det beträffande de fakultativa grunderna. För grunden obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter enligt 14 § torde handlingsutrymmet vara högst begränsat. När det gäller grunden brott enligt 13 § tycks handlingsutrymmet vara något större, vilket följer redan av bestämmelserna i 17 § första och andra styckena. Vidare torde tiden som har gått sedan brottet begicks och domen meddelades vara vanligt förekommande omständigheter som aktualiseras vid bedömningen av om en leverantör ska uteslutas på grund av brott. Förutom att 17 § första och andra styckena synes ge stöd för ett visst handlingsutrymme i fråga om grunden allvarliga brister i fråga om hur verksamheten bedrivs i övrigt enligt 15 §, följer det av formuleringen att myndigheten ”får” besluta om uteslutning att handlingsutrymmet är större än vid uteslutning enligt övriga grunder enligt 13 och 14 §§.

Av *första stycket* framgår att ett beslut om uteslutning får fattas när helst det blir aktuellt. Om en leverantör har tillåtits delta i ett förfarandet under viss tid trots att det förelåg grund för uteslutning redan när förfarandet inleddes, hindrar det inte att leverantören utesluts när detta senare visar sig under förfarandet.

När en upphandlande myndighet efter vederbörlig utredning enligt 16 § har konstaterat att den ska besluta om uteslutning, ska den enligt *andra stycket* snarast underrätta leverantören om det beslut som sedan fattas. Av underrättelsen ska framgå skälen för beslutet.

Innovationspartnerskap

Förfarandets grundläggande struktur

20 § *Ett innovationspartnerskap är ett förfarande i två steg. I det första steget ansöker intresserade leverantörer om att få delta i förfarandet. I det andra steget bjuds kvalificerade anbudssökande in att delta som partner och att lämna anbud.*

I innovationspartnerskapet ingår den upphandlande myndigheten avtal, partnerskapsavtal, med en eller flera deltagande partner om att utveckla en innovativ lösning i form av en vara, tjänst eller bygg-entreprenad. Partnerskapsavtalet syftar till att myndigheten ska anskaffa den utvecklade lösningen. Produkten i fråga anskaffas genom att en partner tilldelas kontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om ett innovationspartnerskaps grundläggande struktur och genomför, tillsammans med 30 §, artikel 31.1 tredje stycket och, tillsammans med 27 §, artikel 31.2 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Av *första stycket* framgår att förfarandet innovationspartnerskap – liksom selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog – är ett tvåstegsförfarande.

Av *andra stycket* följer att utförandet av tjänsten – utvecklingen av den innovativa lösningen – binds samman med den efterföljande anskaffningen av själva produkten. Förfarandet möjliggör sålunda att upphandlingen av utvecklingstjänsten och upphandlingen av den utvecklade lösningen kan göras genom ett och samma förfarande. Det framgår vidare att ett kontrakt tilldelas avseende anskaffning av den utvecklade lösningen/produkten. Därav följer att kontraktstilldelning blir aktuellt först när produkten är utvecklad.

21 § *En upphandlande myndighet som har valt att upphandla genom ett innovationspartnerskap ska se till att förfarandet, särskilt varaktigheten av och värdet på de olika etapperna enligt 24 §, avspeglar graden av innovation hos lösningen och de forsknings- och innovationsverksamheter som krävs för att utveckla en innovativ lösning som ännu inte finns tillgänglig på marknaden. Det uppskattade värdet av anskaffningen av den utvecklade produkten i form av varor, tjänster eller byggentreprenader får inte vara oproportionerligt i förhållande till investeringarna i deras framtagande.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om proportionalitet avseende strukturen på ett partnerskap och resultatet av ett innovationspartnerskap och genomför artikel 31.7 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Strukturen på partnerskapet ska enligt *första meningen* vara motiverat av dels den grad av innovation som eftersträvas genom den efterfrågade lösningen, dels vilka insatser som krävs i fråga om forskning och utveckling för att utveckla en lösning som är av det efterfrågade slaget och som inte finns tillgänglig på marknaden.

Av *andra meningen* framgår att värdet avseende det kontrakt som tilldelas och som avser anskaffning av den utvecklade produkten inte får vara oproportionerligt i förhållande till de investeringar som har gjorts i forskning och utveckling för att utveckla produkten.

När förfarandet får användas

22 § *En upphandlande myndighet får använda ett innovationspartnerskap, om den har behov av en innovativ vara, tjänst eller byggentreprenad och om kravet enligt andra stycket är uppfyllt.*

Det behov som avses i första stycket ska inte kunna tillgodoses genom en vara, tjänst eller byggentreprenad som redan finns tillgänglig på marknaden.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav på upphandlingsföremålet som ska vara uppfyllda för att förfarandet ska få tillämpas. Paragrafen genomför bestämmelserna om krav på upphandlingsföremålet i artikel 31.1 andra stycket första meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Av *första stycket* framgår att en första förutsättning för att förfarandet ska få användas, är att den upphandlande myndigheten

har identifierat ett behov av en innovativ lösning. Behovet identifieras i detta skede ur myndighetens synvinkel.

Den andra förutsättningen som ska vara uppfylld för att förfarandet ska få tillämpas regleras i *andra stycket*. Av detta stycke framgår att det enligt det första stycket identifierade behovet ska som ett andra steg bedömas i ljuset av utbudet på marknaden. Denna bedömning förutsätter att myndigheten genomför en marknadsanalys.

Partnerskapet

23 § *De anbudssökande som har bjudits in att delta i partnerskapet ska till den upphandlande myndigheten lämna in en beskrivning av det forsknings- och innovationsprojekt som syftar till att tillgodose de behov som enligt myndigheten inte kan tillgodoses genom en vara, tjänst eller bygghandläggning som redan finns tillgänglig på marknaden.*

En beskrivning enligt första stycket får lämnas in endast av de anbudssökande som har bjudits in att delta i partnerskapet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om beskrivningar av forsknings- och innovationsprojekt och genomför artikel 31.6 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Av *första stycket* framgår att den leverantör som bjuds in att delta i förfarandet ska lämna in en beskrivning av projektet, dvs. en beskrivning av hur forsknings- och utvecklingstjänsten ska utföras. Under partnerskapets fortlevnad kan beskrivningen bli föremål för ändringar. Som framgår av övervägandena har den upphandlande myndigheten och partnern som ska utföra forsknings- och utvecklingsverksamheten ett relativt stort handlingsutrymme i fråga om ändringar när det gäller utförandet.

Även om bestämmelsen inte tar sikte på upphandlingsföremålet, dvs. det som ska utvecklas, så kan beskrivningen mycket väl innehålla viljeyttringar som är att anse som anbud som inriktar sig mot upphandlingsföremålet. Eventuella behov av förändringar i sådana delar styrs av bestämmelserna om förhandling.

I det *andra stycket* slås det självklara fast, att det endast är inbjudna anbudssökande som kan delta i partnerskapet.

24 § *Utvecklingen av den innovativa lösningen enligt partnerskapsavtalet ska delas upp i successiva etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen. De successiva etapperna får inkludera tillverk-*

ningen av varorna, tillhandahållandet av tjänsterna eller slutförandet av byggentreprenaderna.

Partnerskapsavtalet ska innehålla regler om delmål som partnern eller parterna ska uppfylla och om utbetalning av ersättning genom lämpliga delbetalningar.

25 § *Myndigheten får efter varje avslutad etapp enligt 24 § besluta att avsluta partnerskapet eller minska antalet partner i detta, om den i upphandlingsdokumenten har angett att och på vilka villkor den kan komma att utnyttja denna möjlighet.*

Myndigheten ska fatta ett beslut enligt första stycket mot bakgrund av i vilken utsträckning delmålen enligt 24 § andra stycket har uppfyllts.

Paragraferna innehåller bestämmelser om successiva etapper och delmål i ett partnerskap inom ramen för förfarandet innovationspartnerskap och genomför artikel 31.2 andra och tredje styckena i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

I 24 § finns bestämmelser om successiva etapper och delmål. Av första stycket framgår att etapperna ska motsvara stegen i forsknings- och innovationsprocessen i fråga. Enligt andra stycket ska partnerskapet innehålla regler om delmål och om utbetalning av delbetalningar.

Av 25 § framgår att den upphandlande myndigheten efter varje avslutad etapp ska utvärdera projekts framskridande. Eventuella brister kan enligt paragrafen leda till att partnerskapet avslutas eller, om flera partner ingår, att antalet partner minskas. Besluten i fråga fattas efter att förfarandet har inletts och får därför antas vara sådana åtgärder som kan bli föremål för överprövning (jfr EU-domstolens dom i mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*).

Förhandlingar

26 § *Myndigheten ska i syfte att förbättra anbudens förhandling med den eller de anbudssökande som har bjudits in att delta som partner och att lämna anbud i innovationspartnerskapet.*

Förhandlingarna får inte föras angående minimikrav, tilldelningskriterier eller det slutliga anbudet.

För förhandlingar i ett innovationspartnerskap gäller bestämmelserna i X §³.

³ Bestämmelserna som genomför artikel 29.5 och 29.6 i direktivet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om förhandling beträffande de anbud som lämnas i ett innovationspartnerskap och genomför artikel 31.3, 31.4 första stycket och 31.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Enligt paragrafen ska den upphandlande myndigheten förhandla med inbjudna anbudssökande. Förhandlingarna ska ta sikte på anbuden och syfta till att dessa ska förbättras. Vissa moment får dock inte bli föremål för förhandling, nämligen minimikraven, dvs. de krav som samtliga anbud ska uppfylla, tilldelningskriterierna och det slutliga anbudet. För en förhandling enligt denna paragraf gäller i vissa delar samma bestämmelser som för förfarandet förhandlat förfarandet med föregående annonsering. Detta följer av hänvisningen i tredje stycket till de paragrafer som genomför artikel 29.5 och 29.6 i direktivet.

27 § Myndigheten får avstå från att anskaffa den genom innovationspartnerskapet utvecklade varan, tjänsten eller byggentreprenaden, när den inte motsvarar överenskomna prestandanivåer eller maxkostnader.

Paragrafen innehåller bestämmelser om en upphandlande myndighets rätt att avstå från att anskaffa den produkt som har utvecklats genom partnerskapet. Paragrafen genomför tillsammans med 20 § artikel 31.2 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Av paragrafen följer att en upphandlande myndighet genom att ingå partnerskap inte ovillkorligen åtar sig att också anskaffa det som utvecklas. Om den färdigutvecklade produkten inte uppfyller de genom förhandlingarna överenskomna prestandanivåerna eller maxkostnaderna, får myndigheten avstå från att anskaffa produkten av leverantören i fråga. Huruvida denna möjlighet för myndigheten kan övergå till att bli en skyldighet att avstå från att anskaffa produkten, får bedömas från fall till fall beroende av bl.a. hur avtalet skrivits och det kommersiella regelverket i övrigt ser ut.

Anbudsansökningar och val av anbudssökande

28 § När en upphandlande myndighet avser att upprätta ett innovationspartnerskap, ska myndigheten ge leverantörerna möjlighet att delta genom att annonsera enligt X kap.⁴ och i annonsen ange en bestämd ansökningstid.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten

1. ange behovet av en innovativ produkt som inte kan tillgodoses genom en vara, tjänst eller byggtreprenad som redan finns tillgänglig på marknaden,

2. ange vilka delar i beskrivningen av det som ska upphandlas som är minimikrav som ska uppfyllas av alla anbud, och

3. ange vilken ordning som ska tillämpas för den immateriella äganderätten.

I 25 § och X §⁵ finns ytterligare bestämmelser om vilka uppgifter som ska lämnas i upphandlingsdokumenten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om anbudsansökningar. Paragrafen genomför dels artikel 31.1 första stycket i direktivet, dels bestämmelserna om vilken information som ska lämnas i upphandlingsdokumenten enligt artikel 31.1 andra stycket, 31.2 tredje stycket, 31.5 och 31.6 tredje stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Av första stycket framgår att förfarandet är ett tvåstegsförfarande. I ansökan ska de efterfrågade uppgifterna med betydelse för valet av leverantör anges. Detta följer av att det rör sig om ett tvåstegsförfarande och behöver inte särskilt föreskrivas i paragrafen.

I andra stycket räknas upp de uppgifter som specifikt ska lämnas i upphandlingsdokumenten när fråga är om ett innovationspartnerskap.

Av upplysningarna i tredje stycket följer att det finns ytterligare bestämmelser om vilka uppgifter som ska lämnas i upphandlingsdokumenten när fråga är om ett innovationspartnerskap.

29 § Uppgifterna enligt 28 § andra stycket 1 ska vara tillräckligt precisa för att leverantörerna ska kunna bedöma den efterfrågade lösningens art och räckvidd och kunna ta ställning till om de ska ansöka om att få delta i förfarandet.

⁴ Kapitlet Annonsering av upphandling.

⁵ Bestämmelserna som genomför artikel 29.5 och 29.6 i direktivet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kvaliteten på de uppgifter som ska lämnas i upphandlingsdokumenten och genomför artikel 31.1 andra stycket tredje meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Av paragrafen följer att ett särskilt krav gäller för de uppgifter som ska lämnas i upphandlingsdokumenten och som rör identifieringen av behovet av en innovativ produkt som inte kan tillgodoses genom en vara, tjänst eller byggtreprenad som redan finns tillgänglig på marknaden. Dessa uppgifter ska vara så precisa att en leverantör ska kunna ta ett grundat ställningstagande till om den ska ansöka om att få delta i förfarandet.

30 § *En leverantör som deltar som partner i ett innovationspartnerskap ska bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.*

Vid valet av anbudssökande ska myndigheten särskilt tillämpa krav som avser leverantörers kapacitet i fråga om forskning och utveckling och att utveckla och genomföra innovativa lösningar.

Paragrafen innehåller bestämmelser om val av anbudssökande och genomför, tillsammans med 20 §, artikel 31.1 tredje stycket och 31.6 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

I första stycket finns regler om vilka krav som ska ställas på en leverantör för att denne ska få delta i ett innovationspartnerskap. Enligt stycket ska leverantören bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.

I andra stycket erinras om vilka krav för val av leverantörer som särskilt bör användas i ett innovationspartnerskap.

31 § *Fristen för att komma in med en anbudsansökan ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen enligt X kap.⁶ skickades för publicering.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och genomför artikel 31.1 fjärde stycket första meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

⁶ Kapitlet Annonsering av upphandling.

Enligt paragrafen får tidsfristen att komma in med en anbudsansökan aldrig vara kortare än 30 dagar. Ytterst är det dock förhållandena vid varje enskild upphandling som styr om tidsfristen kan bestämmas till den kortaste tiden enligt paragrafen. I många fall torde det vara påkallat med längre frister.

Inbjudan att delta i partnerskapet och lämna anbud

32 § *Bestämmelser om begränsning av antalet anbudssökande som ska bjudas in att lämna anbud finns i X §⁷.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandlande myndighet kan begränsa antalet anbudssökande som ska bjudas in att lämna anbud och genomför artikel 31.1 fjärde stycket tredje meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Paragrafen hänvisar till bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande som gäller för tvåstegsförfaranden. Som framgår av de bestämmelserna kan antalet anbudssökande när fråga är om innovationspartnerskap aldrig minskas till ett lägre antal än tre.

33 § *Endast de anbudssökande som myndigheten bjuder in får delta i partnerskapet och lämna anbud.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att endast inbjudna anbudssökande får delta i partnerskapet och lämna anbud och genomför artikel 31.1 fjärde stycket andra meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

I paragrafen erinras om att endast de anbudssökande som bjuds in att delta i partnerskapet och lämna anbud kan lämna anbud som myndigheten ska beakta.

Utvärdering av anbud

34 § *Vid innovationspartnerskap får ett anbud inte utvärderas på grundval av pris enligt 78 § andra stycket 1.*

⁷ Bestämmelserna som genomför artikel 65 i direktivet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att grunden pris för utvärdering enligt 78 § andra stycket 1 inte kan användas vid ett innovationspartnerskap. Paragrafen genomför artikel 31.1 fjärde stycket fjärde meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Paragrafen begränsar en upphandlande myndighets valmöjligheter när det gäller grunderna för utvärdering av anbud. Vid innovationspartnerskap får grunden pris enligt 78 § andra stycket 1 inte användas för att utvärdera anbuden. Det är sålunda enbart grunden kostnad enligt punkten 2 i samma stycke som får användas vid utvärderingen. Detta utesluter dock inte att priset kan vara en av flera faktorer som kan beaktas när anbuden utvärderas. Som framgår av 79 § kan bl.a. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet vara en grund vid utvärderingen.

Gränsöverskridande gemensam upphandling

35 § En upphandlande myndighet får vid gränsöverskridande gemensam upphandling använda metoderna enligt 36–44 §§.

Valet av metod får inte göras i syfte att kringgå med EU-rätten förenliga tvingande nationella föreskrifter.

Paragrafen innehåller bestämmelser om gränsöverskridande gemensam upphandling och genomför artikel 39.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Av *första stycket* följer att en upphandlande myndighet får gemensamt med upphandlande myndigheter i andra medlemsstater än Sverige vidta upphandlingsåtgärder genom s.k. gränsöverskridande gemensam upphandling. Detta kan göras enligt någon av de tre metoderna enligt 36, 38 och 42 §§ och enligt de villkor som följer av bestämmelserna i 36–44 §§. Bestämmelserna om gränsöverskridande gemensam upphandling påverkar dock inte möjligheterna för en myndighet att i övrigt i enlighet med upphandlingsregelverket samarbeta med myndigheter i andra medlemsstater.

Regleringen i *andra stycket* innebär att gränsöverskridande gemensam upphandling inte får användas i syfte att kringgå annars tillämpliga tvingande nationella bestämmelser.

Metod 1: inköpscentraler i andra medlemsstater

36 § *En upphandlande myndighet får använda centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral som är belägen i en annan medlemsstat än den där myndigheten har sin hemvist.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om gränsöverskridande gemensam upphandling med hjälp av inköpscentraler och genomför artikel 39.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Av paragrafen följer att en upphandlande myndighet får anlita en inköpscentral i en annan medlemsstat än den där myndigheten har sin hemvist.

37 § *Vid gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 36 §, ska bestämmelserna i den medlemsstat som inköpscentralen är belägen i tillämpas.*

Den medlemsstats bestämmelser som är tillämpliga enligt första stycket ska också tillämpas om en upphandlande myndighet

1. tilldelar ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral enligt första stycket,

2. genomför en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral enligt första stycket, eller

3. i fråga om ett ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral enligt första stycket fastställer enligt X §⁸ vilken leverantör av ramavtalsparterna ska utföra en viss uppgift.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillämpliga bestämmelser vid gränsöverskridande gemensam upphandling med hjälp av inköpscentraler och genomför artikel 39.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

I första stycket regleras vilken medlemsstats bestämmelser som ska tillämpas när en upphandlande myndighet använder sig av en inköpscentral i en annan medlemsstat. Det följer därvid av regleringen att det är bestämmelserna som gäller i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen.

Bestämmelserna i *andra stycket* förtydligar att även om en upphandlande myndighet själv ansvarar för de uppräknade upphandlingsåtgärderna, så ska bestämmelserna i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen tillämpas på åtgärderna. Bestämmelser om en myndighets självständiga ansvar finns i de paragrafer som genomför artikel 37.2 tredje stycket i direktivet.

⁸ Bestämmelserna som genomför artikel 33.4 a och b i direktivet.

Metod 2: gemensamma upphandlingsåtgärder

38 § En upphandlande myndighet får tillsammans med upphandlande myndigheter i andra medlemsstater än Sverige vidta upphandlingsåtgärder genom att gemensamt

1. tilldela ett kontrakt,
2. ingå ett ramavtal, eller
3. driva ett dynamiskt inköpssystem.

En upphandlande myndighet som gemensamt har ingått ett ramavtal eller driver ett dynamiskt inköpssystem enligt första stycket 2 eller 3, får tilldela kontrakt på grundval av ramavtalet eller inköpssystemet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om gränsöverskridande gemensam upphandling genom gemensamt vidtagna upphandlingsåtgärder och genomför artikel 39.4 första stycket första och andra meningarna i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

I första stycket föreskrivs att en upphandlande myndighet får vidta upphandlingsåtgärder gemensamt med upphandlande myndigheter från andra medlemsstater än Sverige. De åtgärder som räknas upp i paragrafen är att gemensamt tilldela kontrakt, gemensamt ingå ramavtal eller gemensamt driva ett dynamiskt inköpssystem.

Av andra stycket framgår att en tilldelning av kontrakt kan göras på grundval av ett ramavtal eller dynamiskt inköpssystem enligt första stycket 2 eller 3. Regeln i sig innebär inte att tilldelningen kan göras i strid med de svenska bestämmelserna om ramavtal eller om dynamiskt inköpssystem. Det behövs ingen erinran om detta i paragrafen. Om tilldelningen dessutom är en gemensam tilldelning enligt första stycket 1, följer dock tillämpliga bestämmelser av en sådan överenskommelse som avses i 39 §.

39 § Vid gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 38 § ska nödvändiga delar för samarbetet fastställas genom en överenskommelse mellan berörda medlemsstater.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att nödvändiga delar för ett samarbete vid gränsöverskridande gemensam upphandling genom gemensamma upphandlingsåtgärder ska fastställas genom en överenskommelse mellan berörda medlemsstater. Paragrafen genomför artikel 39.4 första stycket tredje mening i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Av paragrafen följer att det ska träffas en överenskommelse som fastställer nödvändiga delar av samarbetet. En sådan överenskommelse förutsätts i regel träffas mellan berörda medlemsstater. Med berörda medlemsstater avses de stater där de samarbetande upphandlande myndigheterna har sina hemvister. Om det inte har träffats någon överenskommelse mellan de berörda medlemsstaterna, kan samarbetande upphandlande myndigheter träffa en överenskommelse enligt 40 §.

40 § *Om det inte har träffats en överenskommelse enligt 39 §, får de deltagande myndigheterna själva träffa en sådan som fastställer*

1. myndigheternas ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga, och

2. den interna organisationen av upphandlingsförfarandet, innefattande ledning, fördelning av de varor, tjänster eller byggtreprenader som ska upphandlas och ingående av kontrakt.

När myndigheterna fastställer ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga enligt första stycket 1, kan

1. ansvarsområdena fördelas till en eller mellan flera av dem, eller
2. som tillämpliga bestämmelser fastställas den medlemsstats bestämmelser i vilken minst en av myndigheterna har sin hemvist.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att deltagande myndigheter får träffa en sådan överenskommelse som avses i 39 § och genomför artikel 39.4 första stycket a och b och andra stycket andra meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Av *första stycket* framgår att de myndigheter som ska delta i ett sådant samarbete som avses i 38 § får träffa en sådan överenskommelse som avses i 39 §, om det inte har träffats någon överenskommelse mellan berörda medlemsstater.

Enligt *första stycket 1* ska det av överenskommelsen framgå vilka ansvarsområden de deltagande myndigheterna ska ha. De skyldigheter som en myndighet ska fullgöra vid en upphandling kan alltså fördelas mellan de deltagande myndigheterna.

Av punkten framgår vidare att det i överenskommelsen ska fastställas vilken medlemsstats bestämmelser som ska vara tillämpliga. Det är dock endast en medlemsstats regelverk i dess helhet som kan göras tillämpligt. Det innebär sålunda att de skyldigheter som kan fördelas enligt stycket ovan är de skyldigheter som följer av denna medlemsstats regelverk i dess helhet.

Av *första stycket* 2 följer att det i överenskommelsen ska fastställas hur upphandlingen internt ska organiseras mellan de deltagande myndigheterna. Vilka delar av den interna organisationen som ska fastställas exemplifieras i punkten som gällande ledning, fördelning av de varor, tjänster eller byggentreprenader som ska upphandlas och ingående av kontrakt.

Av *andra stycket* framgår att ansvarsområdena enligt första stycket 1 kan fördelas. I stycket preciseras dessutom att en förutsättning för att bestämmelserna ska kunna göras tillämpliga på samarbetet är att det rör sig om nationella bestämmelser i någon av de medlemsstater i vilka de deltagande upphandlande myndigheterna har sin hemvist.

40 a § *Fördelningen av ansvarsområden mellan upphandlande myndigheter och tillämpliga nationella bestämmelser enligt 39 och 40 §§ ska anges i något av upphandlingsdokumenten.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om information i upphandlingsdokument och genomför artikel 39.4 andra stycket tredje meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Bestämmelserna gäller överenskommelser mellan såväl medlemsstater som upphandlande myndigheter.

41 § *En deltagande myndighet i en gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 38 § som anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader från en annan deltagande myndighet ska anses uppfylla sina skyldigheter enligt denna lag, om dessa i enlighet med överenskommelsen enligt 39 eller 40 § uppfylls av någon av de deltagande myndigheterna.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om anskaffning för myndigheter som deltar i gränsöverskridande gemensamma upphandlingsåtgärder enligt 38 §. Paragrafen genomför artikel 39.4 andra stycket första meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Av paragrafen följer att en fördelning av ansvarsområdena vid gemensamma upphandlingsåtgärder enligt 38 § får konsekvenser för hur en lagenlig anskaffning kan te sig. Det är sålunda tillräckligt att en av de deltagande upphandlande myndigheterna fullgör de skyldigheter som följer av den medlemsstats bestämmelser som är tillämpliga på upphandlingen. Den omständigheten att en anskaffande myndighet enligt paragrafen inte själv har vidtagit åtgärder som den

i och för sig skulle ha varit skyldig att vidta vid en upphandling genomförd på egen hand, innebär således inte att upphandlingen strider mot upphandlingsreglerna. Upphandlingens lagenlighet får i stället bedömas utifrån hur skyldigheterna har iakttagits av respektive deltagande upphandlande myndigheter och i förhållande till överenskommelsen enligt 39 eller 40 §.

Metod 3: upphandling med en gemensam enhet

42 § *En upphandlande myndighet får tillsammans med upphandlande myndigheter från andra medlemsstater än Sverige bilda en gemensam enhet som genomför upphandlingar.*

En europeisk gruppering för territoriellt samarbete enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1082/2006 av den 5 juli 2006 om en europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS) eller någon annan enhet som har bildats enligt unionsrätten ska räknas som en gemensam enhet enligt första stycket.

Paragrafen innehåller bestämmelser om upphandling med en gemensam enhet och genomför tillsammans med 43 § artikel 39.5 första stycket första meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Av första stycket framgår att upphandlande myndigheter från olika medlemsstater kan bilda en gemensam enhet som genomför upphandlingar.

Andra stycket exemplifierar vilka enheter som omfattas av begreppet gemensam enhet. Enligt bestämmelsen i andra stycket kan enheter som har bildats enligt unionsrättsliga regler agera som gemensamma enheter enligt paragrafen.

43 § *Vid gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 42 §, ska den gemensamma enhetens behöriga organ besluta om tillämpliga nationella bestämmelser enligt andra och tredje styckena.*

Tillämpliga nationella bestämmelser ska vara bestämmelserna i den medlemsstat där den gemensamma enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver sin verksamhet.

Ett beslut enligt första stycket ska antingen gälla tills vidare, om det fattas genom beslutet att bilda den gemensamma enheten, eller begränsas till en viss tidsperiod, till vissa typer av kontrakt eller till en eller flera enskilda tilldelningar av kontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillämpliga nationella bestämmelser vid gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 42 §. Paragrafen genomför, tillsammans med 42 §, artikel 39.5 första stycket första meningen och artikel 39.5 första stycket a och b och andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Av *första stycket* framgår att den gemensamma enhetens behöriga organ bestämmer tillämpliga nationella bestämmelser med iakttagande av bestämmelserna i andra och tredje styckena.

I *andra stycket* anges de två alternativ som kan väljas när tillämpliga nationella bestämmelser bestäms enligt första stycket. Tillämpliga bestämmelser ska vara de som gäller i den medlemsstat där enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver sin verksamhet.

I *tredje stycket* finns bestämmelser om att ett beslut enligt första stycket kan begränsas till viss tid eller till gällande vissa typer av kontrakt eller en eller flera tilldelningar av kontrakt. Ett beslut enligt första stycket innefattar alltså ett ställningstagande till om det ska begränsas på nyss nämnda sätt. Vilket alternativ som väljs ska anges i beslutet.

Den enda möjligheten att få till stånd ett beslut enligt första stycket som ska gälla tills vidare, är att det fattas redan vid bildandet av den gemensamma enheten. Om detta alternativ väljs ska det anges i beslutet att bilda enheten.

Domsrätt och behörig domstol vid överprövning av en gränsöverskridande gemensam upphandling

44 § Om tillämpliga nationella bestämmelser enligt 39, 40 eller 43 § är bestämmelserna i denna lag, ska en ansökan om överprövning av en gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 38 eller 42 § göras vid allmän förvaltningsdomstol.

En ansökan om överprövning av en gränsöverskridande gemensam upphandling enligt första stycket ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets

1. den upphandlande myndigheten har sin hemvist, om ansökan gäller en upphandling enligt 38 §, eller

2. den gemensamma enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver sin verksamhet, om ansökan gäller en upphandling enligt 42 §.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om domsrätt och behörig domstol vid överprövning i vissa fall. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

I *första stycket* finns bestämmelser som hanterar konflikter i fråga om svensk domsrätt när det gäller överprövning av gränsöverskridande gemensam upphandling genom gemensamma upphandlingsåtgärder, 38 §, eller en gemensam enhet, 42 §. Av bestämmelserna följer att det inte föreligger svensk domsrätt om de svenska upphandlingsreglerna inte har gjorts tillämpliga, dvs. den nya lagen om offentlig upphandling.

Av *andra stycket* följer vilken förvaltningsrätt som är behörig att pröva en ansökan om överprövning om svensk domsrätt befinns föreligga enligt första stycket.

Enligt *tredje stycket* krävs prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

Tilldelning av ett kontrakt i separata delar

45 § *En upphandlande myndighet får besluta att ett kontrakt ska tilldelas i form av separata delar och får då också fastställa storleken på och föremålet för dessa delar.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om tilldelning av ett kontrakt i separata delar och genomför tillsammans med 46 § artikel 46.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.3.

Av *paragrafen* framgår att en upphandlande myndighet får tilldela ett kontrakt i separata delar. Bestämmelsen begränsar inte den handlingsfrihet en myndighet har när den ska bestämma om ett kontrakt ska delas upp eller ej. Att det i paragrafen anges att myndigheten får fastställa storleken på och föremålet för kontraktets delar, är ett uttryck för denna handlingsfrihet.

En upphandlande myndighets skyldighet att motivera varför ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar

46 § *En upphandlande myndighet ska ange skälen för att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. Skälen ska lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller i en sådan individuell rapport som avses i 94 §.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om en upphandlande myndighets skyldighet att motivera beslut att kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. Paragrafen genomför tillsammans med 45 § artikel 46.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.3.

Bestämmelserna i paragrafen rör en myndighets skyldighet att motivera ett ställningstagande att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. Regleringen, som visserligen riktar in sig på överväganden som leder till att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar, innefattar givetvis ett ställningstagande från myndighetens sida till om ett kontrakt ska tilldelas såväl utan att delas upp i delar som i delar. Motiveringsskyldigheten – innefattande paragrafens regler om offentliggörande i ett upphandlingsdokument eller i en individuell rapport – omfattar dock enbart sådana överväganden som leder till att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. Motiveringsskyldigheten inträder alltså när myndigheten väljer att inte begränsa sitt handlingsutrymme genom att tilldela kontrakt enligt systemet för tilldelning av kontrakt i separata delar.

När det gäller offentliggörande i en individuell rapport, förutsätter bestämmelserna att en sådan rapport också ska upprättas enligt 93 §. Om skyldigheten att upprätta en individuell rapport inte gäller på grund av bestämmelserna om en upphandlings värde enligt andra eller tredje stycket i samma paragraf, kan motiveringsskyldigheten inte heller fullgöras genom offentliggörande i en individuell rapport. I sådana situationer är myndigheten hänvisad till att fullgöra motiveringsskyldigheten genom offentliggörande i ett upphandlingsdokument.

Anbud på ett kontrakt som ska tilldelas i delar

47 § *En upphandlande myndighet som ska tilldela ett kontrakt i delar enligt 45 §, ska bestämma om leverantörerna får lämna anbud på en, flera eller alla delar av kontraktet.*

Om anbud får lämnas på flera eller alla delar av ett kontrakt enligt första stycket, får myndigheten begränsa antalet delar av kontraktet som får tilldelas en och samma leverantör. När myndigheten beslutar om en sådan begränsning, ska den också fastställa vilken ordning som ska tillämpas när en leverantör enligt tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen tillåter.

Paragrafen innehåller bestämmelser om anbud på ett kontrakt som ska tilldelas i delar enligt 45 § och genomför tillsammans med 48 § artikel 46.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.3.

Av *första stycket* framgår att när en upphandlande myndighet beslutar sig för att ett kontrakt ska tilldelas i delar, ska den också bestämma om leverantörerna som lämnar anbud ska få lämna anbud på en, flera eller alla delar av kontraktet.

När en myndighet har bestämt att anbud får lämnas på flera eller alla delar av ett uppdelat kontrakt enligt första stycket, kan den också enligt *andra stycket* välja att begränsa antalet delar som får tilldelas en och samma leverantör.

Om möjligheten till begränsning enligt andra stycket utnyttjas i en upphandling, kan det uppstå en konflikt mellan tillämpningen av tilldelningskriterierna och den valda begränsningen. En tillämpning av tilldelningskriterierna i en upphandling kan ju leda till att en och samma leverantör ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad den valda begränsningen medger. Myndigheten måste därvid fastställa en ordning för hur en sådan konflikt ska hanteras. Denna ordning ska bestå av kriterier som leder till att den valda begränsningen inte överskrids. Dessa kriterier omfattas av de grundläggande principerna i den nya lagen om offentlig upphandling. Kriterierna ska sålunda vara bl.a. objektiva och icke-diskriminerande.

Annonsering och offentliggörande i övrigt

48 § *En upphandlande myndighet som ska tilldela ett kontrakt i delar enligt 45 §, ska i annonsen enligt X kap.⁹ eller i en inbjudan att bekräfta intresse enligt X §¹⁰ ange om anbud får lämnas för en, flera eller alla delar av kontraktet enligt 47 § första stycket.*

Om myndigheten ska begränsa antalet delar av ett kontrakt som får tilldelas en leverantör enligt 47 § andra stycket, ska myndigheten

1. i annonsen eller inbjudan enligt första stycket ange det antalet delar av kontraktet som högst får tilldelas en och samma leverantör, och

2. i något av upphandlingsdokumenten ange den ordning som ska tillämpas när en leverantör enligt tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen tillåter.

⁹ Kapitlet Annonsering av upphandling.

¹⁰ Bestämmelserna som genomför artikel 54.1 andra stycket i direktivet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om offentliggörande och genomför tillsammans med 47 § artikel 46.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.3.

Paragrafen reglerar hur en upphandlings utformning i de hänseenden som avses i 47 § ska offentliggöras. Det framgår därvid att offentliggörande av vissa uppgifter ska ske i vissa närmare angivna upphandlingsdokument – *första stycket och andra stycket 1* – och vissa andra uppgifter i upphandlingsdokumenten vilka som helst – *andra stycket 2*.

Bedömning av villkor som rör anbud, uteslutning av och val av leverantörer samt tilldelning av kontrakt

49 § *En upphandlande myndighet ska innan den tilldelar ett kontrakt enligt 50 § kontrollera att leverantören och det anbud denne har lämnat uppfyller samtliga villkor enligt andra stycket.*

Myndigheten ska med tillämpning av X kap¹¹ kontrollera att

1. anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten,

2. leverantören inte ska uteslutas med stöd av 13–19 §§, och

3. leverantören uppfyller de krav som myndigheten har ställt enligt X §¹² och Y kap.¹³

När leverantören ska utnyttja andra företags kapacitet för att uppfylla tillämpliga krav enligt 52 § första stycket 2 och 3, ska dessa företag kontrolleras enligt andra stycket 2 och 3.

Paragrafen innehåller grundläggande bestämmelser om de villkor en leverantör ska uppfylla och som en upphandlande myndighet ska pröva innan den tilldelar ett kontrakt. Första och andra styckena i paragrafen genomför tillsammans med 50 § artikel 56.1 första stycket i direktivet. Övervägandena i den delen finns i avsnitt 6.3.3. Tredje stycket i paragrafen genomför tillsammans med 75 § artikel 63.1 andra stycket i direktivet. Övervägandena i den delen finns i avsnitt 7.8.3.

I *första stycket* finns den grundläggande bestämmelsen att innan en upphandlande myndighet tilldelar en leverantör ett kontrakt ska

¹¹ Kapitlet Egen försäkrans och annan utredning avseende förhållanden hos leverantörer.

¹² Bestämmelserna som genomför artikel 65 i direktivet.

¹³ Kapitlet Val av leverantörer.

leverantörens anbud och lämplighet ha kontrollerats med avseende på sådana förhållanden som avses i andra stycket.

Enligt *andra stycket 1* ska anbudet uppfylla de förutsättningar som anges i upphandlingsdokumenten. Formuleringen ”i förekommande fall med hänsyn till artikel 45” i artikel 56.1 första stycket a saknar motsvarighet i denna punkt. Hänvisningen till att anbudet ska uppfylla de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten får anses innefatta sådana uppgifter om alternativa anbud som ska offentliggöras enligt artikel 45.1 i direktivet (alternativa anbud).

Av *andra stycket 2* följer att en leverantör ska vara lämplig med avseende på bestämmelserna om uteslutning av leverantörer.

I *andra stycket 3* finns bestämmelser om de krav som myndigheten har ställt på leverantörerna. Det rör sig om krav för val av leverantörer, artikel 58 i direktivet, och sådana krav som bestäms med stöd av artikel 65 i direktivet. När det gäller de senare förfaller formuleringen ”i förekommande fall de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i artikel 65” som överflödig. Vidare kan det ifrågasättas om bestämmelserna i artikel 65 i direktivet, bestämmelser om minskning av antalet i övrigt kvalificerade anbudssökands som inbjuds att delta är en allmän bestämmelse – eller med artikelns begreppsbildning, en allmän princip. Artikel 65 rör ju endast tvåstegsförfaranden. Det finns dock inget vägande skäl att på denna punkt avvika från metoden att genomföra direktivtexten så direktivnära som möjligt.

Av *tredje stycket* framgår att de företag vars kapacitet en leverantör åberopar ska kontrolleras enligt bestämmelserna i kapitlet om egen försäkran och annan utredning avseende förhållanden hos leverantörer.

50 § *En upphandlande myndighet ska tilldela ett kontrakt enligt bestämmelserna i X kap.¹⁴*

När myndigheten använder ett öppet förfarande vid upphandlingen, får myndigheten bedöma om kontraktet ska tilldelas enligt första stycket innan den kontrollerar om leverantören uppfyller villkoren enligt 49 § andra stycket 2 och 3.

Om myndigheten bedömer leverantörens anbud enligt andra stycket och finner att leverantören ska tilldelas kontraktet, ska kontrollen av villkoren enligt 49 § andra stycket 2 och 3 göras på ett opartiskt och öppet sätt innan kontraktet tilldelas.

¹⁴ Kapitlet Tilldelning av kontrakt.

Paragrafen innehåller grundläggande bestämmelser om tilldelning av kontrakt och genomför, tillsammans med 49 §, artikel 56.1 första stycket och artikel 56.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.3.

I *första stycket* anges att kontrakt ska tilldelas enligt bestämmelser i lagens kapitel om tilldelning av kontrakt. Med systematiken att placera de allmänna bestämmelserna om tilldelning av kontrakt i en enskild paragraf och dessutom efter bestämmelserna som återfinns i 49 § uppnås en överensstämmelse med hur prövningen i en upphandling bör te sig steg för steg. Detta är en skillnad i förhållande till artikeln som nämner tilldelningen först (artikel 56.1 första stycket första meningen i direktivet).

Av *andra stycket* framgår att vid öppet förfarande kan en upphandlande myndigheten välja att först utvärdera anbuden och därefter kontrollera den leverantör som myndigheten avser att tilldela kontraktet. Lagstiftningstekniken att hänvisa till 49 § andra stycket 2 och 3 får följden att paragraferna som genomför artikel 65 i direktivet omfattas av hänvisningen (se 49 § andra stycket 3). Det torde dock inte leda till några praktiska problem då de paragraferna endast gäller tvåstegsförfaranden. Nu aktuell bestämmelse, 50 § andra stycket, tar endast sikte på öppet förfarande som ju inte är ett sådant tvåstegsförfarande som artikel 65 i direktivet tar sikte på.

Bestämmelserna i *tredje stycket* ger uttryck för den grundläggande förutsättningen, att innan en upphandlande myndighet tilldelar en leverantör ett kontrakt, ska leverantörens anbud och lämplighet ha kontrollerats med avseende på sådana förhållanden som avses i 49 § andra stycket 2 och 3. Mot bakgrund av bestämmelserna i 49 § framstår detta styckes bestämmelser möjligen som överflödiga i nyss berörda delar. Detta kan också sägas beträffande styckets erinran om att kontrollen ska göras på ett opartiskt och öppet sätt eftersom det följer av de allmänna principerna för upphandling. EU-lagstiftaren har möjligen befarat att ordningen att först konstatera att en leverantör ska tilldelas kontraktet och sedan pröva om villkoren i 49 § är uppfyllda inbjuder till att myndigheten bortser från nämnda villkor. Sammanfattningsvis finns det inte något vägande skäl emot att också på denna punkt genomföra direktivtexten så direktivnära som möjligt.

Komplettering, förtydligande och färdigställande av information och dokumentation som ska lämnas av leverantörer i en upphandling

51 § Om den information eller dokumentation som ska lämnas av leverantörerna är eller verkar vara ofullständig eller felaktig eller om dokument saknas, får den upphandlande myndigheten begära att en eller flera leverantörer kompletterar, förtydligar eller färdigställer relevant information eller dokumentation.

Åtgärderna enligt första stycket ska vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om komplettering och förtydligande samt färdigställande av information och dokumentation och genomför artikel 56.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.3.

Formuleringen ”såvida inte annat föreskrivs i nationell rätt som genomför detta direktiv” i artikel 56.3 i direktivet är svårtolkad. Enligt utredningens mening får den antas innebära att en medlemsstat kan välja att antingen inte genomföra artikeln över huvud taget eller att ha striktare regler för kompletteringar m.m. än artikelns.

Det framstår enligt utredningen som uppenbart att en regel av det föreslagna slaget behövs. Bestämmelsen kan i och för sig sägas motsvara nuvarande 9 kap. 8 § LOU, men har likväl formulerats så direktivnära som möjligt. Detta har att göra med att möjligheterna att rätta m.m. under ett förfarande tillhör de frågor som ofta skapar svårigheter och klagomål. Det kan inte förutsättas att föreslagen lydelse underlättar, men det får anses ligga ett egenvärde i så direktivnära text som möjligt.

Utredningen avviker dock från ett direktivnära genomförande när det gäller kravet på ”lämplig tidsfrist” i artikeln. Enligt direktivet ska leverantören ges en ”lämplig tidsfrist” att komplettera, förtydliga eller färdigställa relevant information eller dokumentation. Detta ligger dock i sakens natur och behöver enligt utredningens mening inte tynga författningstexten i denna paragraf.

Bestämmelserna i *första stycket* förutsätter inte att de åtgärder som vidtas med stöd av styckets bestämmelser riktar sig till samtliga leverantörer som har lämnat in ifrågavarande information eller dokumentation. Bestämmelserna medger i stället att åtgärden inriktas mot en eller flera av de leverantörer som enligt den upphandlande myndigheten behöver komplettera, förtydliga eller

färdigställa relevant information eller dokumentation (se nedan angående eventuell kommunikering).

Utformningen av *andra stycket* motsvarar formuleringen ”förutsatt att en sådan begäran görs i full överensstämmelse med principerna om likabehandling och öppenhet” i artikeln.

Sammantaget innebär en tillämpning av de båda styckena att det är möjligt att begära rättelse eller motsvarande men att nya uppgifter som kommer in ska kommuniceras till övriga i fall en sådan åtgärd behövs för att säkerställa öppenheten i förfarandet.

Krav för val av leverantörer

52 § *En upphandlande myndighet får för valet av de leverantörer som ska kunna tilldelas ett kontrakt endast tillämpa krav som avser*

- 1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 53 §,*
- 2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 54 och 55 §§, eller*
- 3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 56 §.*

De krav som myndigheten väljer att tillämpa enligt första stycket ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantörerna har den rättsliga och finansiella förmåga samt att de besitter den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga.

Myndigheten ska i annonsen enligt X kap.¹⁵ eller i en inbjudan att bekräfta intresse enligt X §¹⁶ ange vilka krav för valet enligt första stycket som ska tillämpas i upphandlingen och vilken utredning leverantörerna bör lämna in.

Paragrafen innehåller grundläggande bestämmelser om val av leverantörer som ska kunna tilldelas ett kontrakt och genomför artikel 58.1 och 58.5. Övervägandena finns i avsnitt 7.3.3.

De tre kategorier av krav som får tillämpas för val av leverantörer som kan tilldelas kontrakt räknas upp i *första stycket*. Av ordvalet ”endast” följer att krav som inte kan anses tillhöra någon av de tre uppräknade kategorierna inte får tillämpas som krav vid val av leverantörer. Den närmare innebörden av varje kategori framgår av de paragrafer till vilka första stycket hänvisar, dvs. 53–56 §§. Uppräkningarna i dessa paragrafer är visserligen exemplifierande

¹⁵ Kapitlet Annonsering av upphandling.

¹⁶ Bestämmelserna som genomför artikel 54.1 andra stycket i direktivet.

men ger likväl en god bild av den närmare innebörden av respektive kategori.

I *andra stycket* anges att kraven ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantörerna har den rättsliga och finansiella förmåga samt besitter den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för fullgörandet av kontraktet i fråga. Regeln kan sägas ge uttryck för att kraven ska vara proportionerliga. Begreppet "säkerställa" i paragrafen motsvarar hur begreppet "se till" i artikel 58.3 första stycket och 58.4 första stycket i direktivet genomförs genom 54 och 56 §§.

Vad EU-lagstiftaren har avsett med hänvisningen till rättslig förmåga är inte helt klart. Möjligen är uttrycket "den rättsliga och finansiella förmåga samt att de besitter den tekniska och yrkesmässiga kapacitet" ett sätt att hänvisa till samtliga tre kategorier av krav för val av leverantörer. Rättslig förmåga skulle i så fall syfta på behörighet att utöva viss verksamhet. Hur begreppet rättslig förmåga bör tolkas får dock bestämmas i rättstillämpningen.

Att kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga framstår i och för sig som givet. Då det särskilt anges i artikeln att kraven kan uttryckas som minimikrav, bör detta även anges i denna paragraf.

Andra stycket ger även uttryck för den grundläggande förutsättningen att alla krav ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till kontraktsföremålet.

I *tredje stycket* finns bestämmelser om offentlighörande.

Behörighet att utöva yrkesverksamhet

53 § *En upphandlande myndighet får besluta att tillämpa krav för val avseende leverantörers behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt andra och tredje styckena.*

Myndigheten får besluta att leverantörerna ska vara registrerade i ett aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register, som förs i den stat där respektive leverantörs verksamhet är etablerad och att respektive leverantör ska visa detta.

Om en tilldelning av ett kontrakt görs med tillämpning av denna lags bestämmelser om upphandling av tjänster och om leverantörerna måste ha särskilda tillstånd eller vara medlemmar i en särskild organisation för att kunna tillhandahålla tjänsten i den stat där respektive leverantör är etablerad, så får myndigheten kräva att leverantörerna visar att de innehar sådana tillstånd eller är medlemmar i sådana organisationer.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav för val av leverantörer som avser behörighet att utöva yrkesverksamhet och genomför artikel 58.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.3.3.

Paragrafen har utformats med nuvarande 11 kap. 6 § LOU som förebild.

Av *första stycket* framgår att en upphandlande myndighet får besluta att tillämpa krav för val av leverantörer som tar sikte på leverantörernas behörighet att utöva yrkesverksamhet.

I *andra stycket* anges vilken typ av register som myndigheten kan kräva att leverantörerna ska vara registrerade i. Beskrivningen motsvarar den som finns i nuvarande 11 kap. 6 § första stycket LOU. Den beskrivningen ansågs lämplig för att genomföra artikel 46 första stycket i 2004 års direktiv. I det direktivet används beskrivningen "yrkes- eller handelsregistret". I bilaga IX till 2004 års direktiv där anges för Sveriges del aktiebolags-, handels- och föreningsregistret. Att nu aktuell artikel, artikel 58.2 i direktivet, använder sig av delvis en annan beskrivning, "yrkes- eller branschregister", bör inte leda till artikeln inte kan genomföras med det för svenskt vidkommande etablerade "aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register". I bilaga XI till direktivet beskrivs registren på samma sätt som i motsvarande bilaga till 2004 års direktiv.

I *tredje stycket* används begreppet där "i den stat där respektive leverantör är etablerad". Det avviker visserligen från det begrepp som används i artikel 58.2 andra stycket i direktivet men motsvarar begreppsbildningen i artikel 58.2 första stycket i direktivet. I punktens andra stycke talas i stället om "hemmedlemsstat". Det är oklart om det är någon skillnad på "medlemsstat där de är etablerade" och medlemsstat. Utredningen har dock valt att använda enbart ett av begreppen, nämligen det som knyter an till etableringen. Utredningen har för övrigt valt att använda begreppet "stat" i både andra och tredje styckena, vilket är en skillnad i förhållande till nuvarande 11 kap. 6 § LOU där begreppet "land" används i stället. Oavsett vilken benämning som används står det klart att regleringen även gäller register i stater som inte är medlemmar i unionen.

Ekonomisk och finansiell ställning

54 § En upphandlande myndighet får besluta att tillämpa krav för val avseende leverantörers ekonomiska och finansiella ställning enligt andra stycket och 55 §. Kraven ska utformas så att det säkerställs att leverantörerna har nödvändig ekonomisk och finansiell kapacitet för att fullgöra kontraktet.

Myndigheten får besluta att leverantörerna ska ha en viss

1. minsta årsomsättning enligt 55 §, inklusive en minsta omsättning inom det område som omfattas av kontraktet,
2. kvot mellan tillgångar och skulder, eller
3. lämplig nivå på ansvarsförsäkringen för verksamheten.

55 § Omsättningen enligt 54 § andra stycket 1 får inte bestämmas till ett belopp som är mer än två gånger så högt som det uppskattade kontraktsvärdet. Om det med hänsyn till kontraktsföremålets art finns särskilda skäl, får omsättningen bestämmas till ett högre belopp. Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten eller i en individuell rapport enligt X kap.¹⁷ ange vilka omständigheter som utgör sådana särskilda skäl.

När ett kontrakt ska tilldelas i delar, gäller första stycket för varje enskild del. Om en leverantör kan tilldelas flera delar av ett uppdelat kontrakt som ska utföras samtidigt, får omsättningen enligt första stycket bestämmas till ett belopp som motsvarar det sammanlagda beloppet avseende omsättningarna för respektive del.

Om ett kontrakt som grundas på ett ramavtal ska tilldelas efter en förnyad konkurrensutsättning, ska det uppskattade kontraktsvärdet enligt första stycket beräknas på grundval av den förväntade största storleken på de specifika kontrakt som ska fullgöras samtidigt eller, om den uppgiften inte är känd, på grundval av ramavtalets uppskattade värde.

Om ett kontrakt ska tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköps-system, ska det uppskattade kontraktsvärdet enligt första stycket beräknas på grundval av den förväntade största storleken på de specifika kontrakt som kommer tilldelas inom ramen för systemet.

Paragraferna innehåller bestämmelser om krav för val av leverantörer som avser ekonomisk och finansiell ställning och genomför artikel 58.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.3.3.

¹⁷ Kapitlet Tillsyn och vägledning.

Av 54 § första stycket framgår att en upphandlande myndighet får besluta att tillämpa krav för val av leverantörer som tar sikte på leverantörernas ekonomiska och finansiella ställning. Begreppet ”säkerställs” motsvarar artikelns ordval ”se till”.

Uppräkningen i 54 § andra stycket är nedkortad i förhållande till motsvarigheten i artikel 58.3 i direktivet. Då uppräkningslistan likväl endast är exemplifierande får de i stycket angivna förhållandena anses tillräckliga.

I 55 § första stycket finns närmare bestämmelser om hur omsättningen enligt 54 § andra stycket 1 kan bestämmas. I artikel 58.3 andra stycket i direktivet talas om ”årliga omsättning”. Detta har utredningen tolkat som gällande sådan omsättning som avses i 54 § andra stycket 1.

Undantaget ”utom vid vederbörligen motiverade fall såsom avseende speciella risker som är förknippade med byggtreprenadens, tjänsternas eller varornas art” enligt artikel 58.3 andra stycket i direktivet har formulerats om i 55 § första stycket. Uttrycket ”särskilda skäl” kopplat till kontraktsförmålets art motsvarar undantaget enligt artikeln.

Bestämmelsen i 58.3 andra stycket i direktivet att den upphandlande myndigheten ”ska ange huvudskälen för ett sådant krav i upphandlingsdokumenten eller den individuella rapport som avses i artikel 84” får tolkas som ett särskilt motiveringskrav när myndigheten använder ett högre omsättningskrav än det som följer av huvudregeln, dvs. två gånger kontraktsvärdet.

Bestämmelserna i 55 § andra stycket motsvarar de i artikel 58.3 fjärde stycket i direktivet.

I 55 § tredje och fjärde styckena finns bestämmelser om ramavtal och dynamiska inköpssystem. Bestämmelserna motsvarar de i artikel 58.3 femte stycket i direktivet.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

56 § *En upphandlande myndighet får besluta att tillämpa krav för val avseende leverantörers tekniska och yrkesmässiga kapacitet enligt andra stycket. Kraven ska utformas så att det säkerställs att leverantörerna förfogar över nödvändiga personalresurser, tekniska resurser och sådan erfarenhet som krävs för att fullgöra kontraktet enligt en lämplig kvalitetsstandard.*

Myndigheten får ställa krav på att leverantörerna visar att de har tillräcklig erfarenhet genom att ge in lämpliga referenser från tidigare fullgjorda kontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav för val av leverantörer som avser teknisk och yrkesmässig kapacitet och genomför artikel 58.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.3.3.

Av *första stycket* framgår att en upphandlande myndighet får besluta att tillämpa krav för val av leverantörer som tar sikte på leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Begreppet ”säkerställs” motsvarar artikelns ordval ”se till”.

Av *andra stycket* framgår att myndigheten kan ställa krav på att leverantörerna ger in uppgifter om lämpliga referenser.

Artikel 58.4 andra stycket andra meningen i direktivet saknar motsvarighet i paragrafen. Varken innebörden av eller motivet till artikeln är särskilt klar. Vad bestämmelserna troligen syftar till är att klargöra att tidiga kontakter under ett projekt, exempelvis i samband med testning av en produkt, kan leda till att fullgörandet av ett kontrakt som avser granskning av projektet kan påverkas av det tidigare engagemanget. I sådana situationer skulle det alltså enligt artikeln finnas anledning att ifrågasätta leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet med hänsyn till att det föreligger en intressekonflikt. Det framstår dock enligt utredningen som tveksamt att ta sådana hänsyn vid bedömningen av om tillämpliga krav för val av leverantörer är uppfyllda. En sådan omständighet får i stället beaktas in ramen för bestämmelserna om uteslutning av leverantörer. Enligt utredningen uppnås dessutom det som åsyftas med nu aktuell bestämmelse i direktivet genom bestämmelserna i 15 § 7 om uteslutning av leverantörer. Bestämmelsen i artikeln får därför anses genomförd genom nämnda paragraf.

Paragrafen får anses genomföra även bestämmelserna i artikel 58.4 tredje stycket i direktivet. Det som anges i den delen av artikeln kan enligt utredningen uppnås med en tillämpning av paragrafen utan att detta särskilt anges.

Egen försäkran genom ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument

Egen försäkran

57 § *En leverantör får när den lämnar in ett anbud eller en anbudsansökan också lämna in en egen försäkran om att*

1. det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt 13–15 §§, eller

2. leverantören uppfyller de krav som myndigheten har ställt enligt 52 och X¹⁸ §§.

Om leverantören avser att utnyttja andra företags kapacitet enligt 73 §, får den också lämna in en försäkran enligt första stycket för motsvarande förhållanden hos dessa företag.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilka förhållanden som kan visas preliminärt genom en egen försäkran och genomför artikel 59.1 andra stycket och, tillsammans med 58 §, artikel 59.1 tredje stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.4.3.

Av *första stycket* framgår att en leverantör kan lämna in en egen försäkran om att leverantören uppfyller kraven i punkterna. Vad en försäkran ska innehålla framgår av 58 §.

Enligt *andra stycket* kan första stycket även tillämpas beträffande förhållanden hos andra företag, om leverantören avser att utnyttja dessa företags kapacitet.

58 § *En försäkran enligt 57 § ska innehålla information om*

1. vem som ansvarar för att utfärda kompletterande dokument enligt 60 §,

2. en formell förklaring om att leverantören på begäran och utan dröjsmål kan göra dokumenten tillgängliga, och

3. nödvändiga uppgifter för att myndigheten i förekommande fall själva ska kunna inhämta dokumenten med hjälp av elektroniska medel.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilken information en egen försäkran ska innehålla. Punkterna 1 och 2 i paragrafen genomför tillsammans med 57 § artikel 59.1 tredje stycket i direktivet. Punkten 3 i paragrafen genomför artikel 59.1 fjärde stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.4.3.

I paragrafen anges vad en försäkran enligt 57 § ska innehålla.

¹⁸ Bestämmelserna som genomför artikel 65 i direktivet.

59 § När en leverantör lämnar in en försäkran enligt 57 § i form av ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument, ska den upphandlande myndigheten, i stället för de kompletterande dokumenten enligt 60 §, godta dokumentet som preliminärt bevis på att förutsättningarna enligt 57 § är uppfyllda.

En försäkran genom ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument som har använts i en tidigare upphandling ska godtas enligt första stycket, om leverantören bekräftar att uppgifterna i dokumentet fortfarande är korrekta.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om egen försäkran genom ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument och genomför artikel 59.1 första och femte styckena i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.4.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om egen försäkran som lämnas i ett specifikt format, nämligen genom det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet.

Genom formuleringen ”preliminärt bevis” i första stycket markeras att en egen försäkran i detta format får konsekvenser för under vilka förutsättningar kompletterande dokument kan begäras in från en leverantör (se 60 §).

Av andra stycket följer att en egen försäkran i detta format kan användas i flera upphandlingar. Detta förutsätter att leverantören bekräftar att uppgifterna i försäkran alltså är korrekta.

En upplysning om att närmare föreskrifter kommer att meddelas i förordning finns i tredje stycket. Den närmare utformningen av dessa får avvakta EU:s kommissionens genomförandeakter enligt artikel 59.2 i direktivet.

Kompletterande dokument

60 § En upphandlande myndighet får när som helst under en upphandling begära att en leverantör som har lämnat in en försäkran enligt 57 § ska komplettera denna och lämna in alla eller en del av de intyg som omfattas av den. Om försäkran har lämnats i form av ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument får komplettering dock endast begäras om myndigheten anser detta vara nödvändigt för att genomföra upphandlingen på ett korrekt sätt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att kompletterande dokument får begäras in när som helst under en upphandling och genomför artikel 59.4 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.4.3.

I paragrafen anges att en upphandlande myndighet när som helst under en upphandling kan begära att en leverantör ska lämna in de dokument som dennes egen försäkran omfattar. Om försäkran har lämnats i form av ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument får sådana kompletterande dokument enbart begäras in från leverantören om det är nödvändigt för att upphandlingen ska kunna genomföras på ett korrekt sätt.

61 § *Innan en upphandlande myndighet meddelar ett beslut om att tilldela ett kontrakt, ska den begära att en leverantör som har lämnat en försäkran enligt 57 § och som myndigheten har funnit ska tilldelas kontraktet ska lämna in uppdaterade kompletterande dokument enligt 63–70 §§ och i förekommande fall enligt 71 och 72 §§.*

Första stycket gäller inte för kontrakt som grundar sig på ramavtal som har ingåtts enligt X¹⁹ §.

Myndigheten får begära att leverantören ska komplettera eller förtydliga de intyg som den har begärt enligt första stycket.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att kompletterande dokument ska begäras in innan ett kontrakt tilldelas och genomför artikel 59.4 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.4.3.

Av *första stycket* framgår att en upphandlande myndighet vid något tillfälle innan den fattar beslut om tilldelning, ska från den leverantör som myndigheten avser att tilldela ett kontrakt begära in de dokument som försäkran omfattar. Detta gäller oavsett om försäkran har lämnats i ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument eller i någon annan form. Att en leverantör inte kan tilldelas ett kontrakt innan denne har kontrollerats med avseende på skäl för uteslutning och tillämpliga krav för val av leverantörer följer vidare av 49 §.

De dokument som lämnas in ska vara uppdaterade. Med det avses att de ska avse aktuella förhållanden.

Av *andra stycket* framgår att första stycket inte gäller för kontrakt som grundar sig på ramavtal.

¹⁹ Bestämmelserna som genomför artikel 33.3 och 33.4 a i direktivet.

Enligt *tredje stycket* kan myndigheten begära att leverantören ska komplettera eller förtydliga de dokument som myndigheten har begärt in enligt första stycket.

62 § *En leverantör är inte skyldig att enligt 60 och 61 §§ lämna in kompletterande dokument eller andra skriftliga bevis, om myndigheten*

- 1. redan har tillgång till materialet, eller*
- 2. själv har möjlighet att kostnadsfritt få tillgång till intyg eller relevant information direkt med hjälp av elektroniska medel.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om begränsningar i en leverantörs skyldighet att lämna in kompletterande dokument och genomför artikel 59.5 första och andra styckena i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.4.3.

Paragrafen ger uttryck för att åtgärden att vända sig till leverantören för att begära in dokument ska vara motiverad. Av exemplifieringen i artikel 59.5 i direktivet framgår när en sådan begäran kan vara omotiverad.

Utredning som får begäras in från leverantörer

63 § *En upphandlande myndighet får begära att leverantörer ska lämna in sådan utredning som avses i 64–72 §§ till myndigheten som ger stöd för att*

- 1. det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt 13–19 §§,*
- 2. leverantören uppfyller tillämpliga krav för val av leverantörer enligt 52 §, och*
- 3. de enheter vars kapacitet leverantören avser att utnyttja enligt 73–76 §§ uppfyller tillämpliga krav för val av leverantörer enligt 52 § första stycket 2 och 3.*

Myndigheten får inte begära att leverantörer ska lämna in annan utredning än sådan som avses i 64–72 §§.

Paragrafen innehåller grundläggande bestämmelser om vilken utredning en upphandlande myndighet får begära att leverantörer ska lämna in. Paragrafen genomför artikel 60.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.3.

Av *första stycket* följer att myndigheten får begära att leverantörer ska lämna in sådan utredning som avses i 64–72 §§. Ordvalet ”begära”

syftar till att markera att bestämmelsen är tillämplig såväl när myndigheten enligt 52 § andra stycket anger vilken utredning leverantörerna bör lämna in som när den enligt 60–62 §§ begär in kompletterande dokument. Begreppet ”utredning” motsvarar artikelns begrepp ”bevismedel”

Enligt *andra stycket* är frågan om vilken utredning som myndigheten får begära in uttömmande reglerad i 64–72 §. Myndigheten får således inte begära att leverantörerna ska lämna in någon annan utredning än den som särskilt anges i nämnda paragrafer. En leverantör, däremot, är oförhindrad att åberopa den utredning den finner lämplig. Om en leverantör trots myndighetens anvisningar i exempelvis en annons lämnar in och åberopar annan utredning, får myndigheten bedöma om den utredningen med tillräcklig styrka talar för att kravet i fråga är uppfyllt. Av detta följer att det inte särskilt behöver anges att en leverantör kan använda alla lämpliga medel för att visa att sådana förutsättningar som avses i första stycket 3 är uppfyllda (se artikel 60.1 andra stycket i direktivet). Bestämmelserna i 64–70 §§ är vidare utformade på det sättet att de anger vilken utredning leverantörer *kan* åberopa.

Utredning avseende skäl för uteslutning av en leverantör från att delta i en upphandling

64 § *En leverantör kan till stöd för att det inte finns skäl för att utesluta denne från att delta i upphandlingen enligt 13 §, lämna in ett utdrag ur ett officiellt register eller en annan likvärdig handling.*

Om det av utredningen enligt första stycket inte framgår att leverantören enligt en lagkraftvunnen dom har dömts för sådana brott som avses i 13 §, ska det anses att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen såvida utredningen i övrigt inte tyder på något annat.

Paragrafen innehåller bestämmelser om utredning avseende skäl för uteslutning på grund av brott och genomför artikel 60.2 första stycket a i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.3.

Bestämmelserna i *första stycket* har utformats med nuvarande 10 kap 3 § första stycket LOU som förebild.

Av *andra stycket* framgår att frånvaron av uppgifter om brott i sådana handlingar som avses i första stycket innebär att det ska anses inte finnas grund för uteslutning. Det kan dock finnas utredningen som tyder på annat och som ska beaktas.

65 § *En leverantör kan till stöd för att det inte finns skäl för att utesluta denne från att delta i upphandlingen enligt 14 § eller 15 § 2 lämna in ett intyg som har utfärdats av en behörig myndighet i det berörda landet.*

Om det av utredningen enligt första stycket inte framgår att leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende skatter eller socialförsäkringsavgifter enligt 14 § eller befinner sig i någon av de situationer som avses i 15 § 2, ska det anses inte finnas grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen såvida utredningen i övrigt inte tyder på något annat.

Paragrafen innehåller bestämmelser om utredning avseende skäl för uteslutning på grund av brott och genomför artikel 60.2 första stycket b i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.3.

Ordvalet ”berörda” i *första stycket* härrör från artikeltexten. Innebörden av ”berörda” är något oklar. Detta torde dock i praktiken sällan leda till tillämpningsproblem. Den närmare innebörden av begreppet får bestämmas i rättstillämpningen. I fråga om den neutrala benämningen ”landet” som används i anslutning till ”berörda” följer att det kan röra sig om en medlemsstat, en EES-stat eller ett tredjeland. Utredningen har alltså här valt att i enlighet med sin metod för genomförande hålla sig till artikelns ordval. I andra sammanhang, se t.ex. 53 §, ger artikeln inte utrymme för annat begrepp än ”stat”.

Av *andra stycket* framgår att frånvaron av uppgifter om obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter eller om sådana brister som avses i 15 § 2 i sådana handlingar som avses i första stycket innebär att det ska anses inte finnas grund för uteslutning. Det kan dock finnas utredningen som tyder på annat och som ska beaktas.

66 § *Om sådana dokument som avses i 64 och 65 §§ inte utfärdas i landet i fråga eller om de inte omfattar alla relevanta situationer enligt 13 §, 14 § och 15 § 2, får de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en liknande försäkran.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om försäkran om att skäl för uteslutning inte föreligger och genomför artikel 60.2 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.3.

Av paragrafen följer att sådan utredning som avses i 64 och 65 §§ under vissa förutsättningar kan ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller en liknande försäkran. En motsvarande bestämmelse finns i nuvarande 10 kap. 3 § andra stycket LOU.

Utredning avseende en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning

67 § *En leverantör kan till stöd för att tillämpliga krav i fråga om ekonomisk och finansiell ställning enligt 52 § är uppfyllda lämna*

1. lämpliga intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten,

2. årsredovisningar eller utdrag ur dem, om offentliggörande av årsredovisningar krävs enligt lagstiftningen i det land där leverantören är etablerad, eller

3. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller, för högst de tre senaste verksamhetsåren beroende på datum för bildandet av företaget eller då leverantören inledde sin verksamhet, om uppgifter om denna omsättning är tillgängliga.

Om en leverantör har godtagbara skäl för att inte lämna in sådan utredning som avses i första stycket och som den upphandlande myndigheten begärt, får leverantören i stället lämna in annan utredning som myndigheten finner lämplig.

Paragrafen innehåller bestämmelser om utredning avseende en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning och genomför artikel 60.3 i direktivet och bilaga XII del I till direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.3.

I första stycket anges vilken utredning en leverantör kan åberopa.

Bestämmelsen i andra stycket har en motsvarighet i nuvarande 11 kap 9 § LOU.

Utredning avseende en leverantörs tekniska kapacitet

68 § *En leverantör kan till stöd för att tillämpliga krav i fråga om teknisk kapacitet enligt 52 § är uppfyllda lämna*

1. en förteckning över genomförda byggentreprenader under högst de fem senaste åren, åtföljd av intyg om att de viktigaste byggentreprenaderna har utförts på ett tillfredsställande sätt,

2. en förteckning över de viktigaste leveranser eller tjänster som har utförts under högst de tre senaste åren, med angivande av värde, tidpunkt och privata eller offentliga mottagare,

3. uppgifter om teknisk personal och tekniska organ, vare sig de tillhör leverantören eller inte, i synnerhet om dem som ansvarar för kvalitetskontrollen och, i fråga om offentliga byggentreprenader, uppgifter om teknisk personal och tekniska organ som entreprenören kan förfoga över för att genomföra entreprenaden,

4. en beskrivning av leverantörens tekniska utrustning och av de metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten samt av leverantörens undersöknings- och forskningsresurser,

5. information om de system för hantering av leveranskedjan och spårningssystem som leverantören kan komma att tillämpa vid fullgörandet av kontraktet,

6. om de aktuella varorna eller tjänsterna är komplexa eller i undantagsfall är avsedda för ett särskilt ändamål, uppgifter om en kontroll som den upphandlande myndigheten själv ska utföra eller som på myndighetens vägnar ska utföras av ett behörigt organ i varuleverantörens eller tjänsteleverantörens etableringsland, förutsatt att detta organ ger sitt samtycke,

7. information om tjänsteleverantörens eller byggentreprenörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget, förutsatt att de inte ska utvärderas som tilldelningskriterium,

8. information om de miljöskyddsåtgärder leverantören kan komma att tillämpa vid fullgörandet av kontraktet,

9. uppgifter om antal anställda i medeltal per år hos tjänsteleverantören eller byggentreprenören och antal anställda med ledningsfunktion under de tre senaste åren,

10. uppgifter om vilka verktyg, maskiner och teknisk utrustning som tjänsteleverantören eller entreprenören förfogar över för att fullgöra kontraktet,

11. information om hur stor del av kontraktet som leverantören eventuellt kommer att lägga ut på underleverantörer, eller

12. när det gäller de varor som ska levereras, dels prover, beskrivningar eller fotografier, vars äkthet ska styrkas om den upphandlande myndigheten begär det, dels intyg som har upprättats av officiella institutioner för kvalitetskontroll eller enheter för sådan kontroll av erkänd kompetens och av vilka det ska framgå att varor som är klart identifierade genom referenser överensstämmer med vissa tekniska specifikationer eller standarder.

Paragrafen innehåller bestämmelser om utredning avseende en leverantörs tekniska kapacitet och genomför artikel 60.4 i direktivet och bilaga XII del II till direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.3.

I paragrafen anges vilken utredning en leverantör kan åberopa.

Artikeltexten ”beroende på de aktuella byggtreprenadernas, varornas eller tjänsternas art, kvantitet eller betydelse och ändamål” saknar motsvarighet i paragrafen. Det som formuleringen i artikeltexten får antas uttrycka framstår som självklart och alltså överflödigt att särskilt ange. Kraven ska vara motiverade av upphandlingsföremålet och bl.a. vara icke-diskriminerande. Detta gäller för alla krav som ställs upp för val av leverantörer.

69 § *En upphandlande myndighet får om det är nödvändigt för att garantera en tillfredsställande konkurrens, begära att leverantörer ska lämna en utredning till myndigheten avseende relevanta varuleveranser, tjänster eller byggtreprenader som har utförts tidigare än vad som anges i 68 § 1 och 2.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om utredning av förhållanden som kan ha betydelse för konkurrensen och genomför andra meningerna i bilaga XII del II a i och ii till direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.3.

Paragrafen innebär att undantag kan göras från tidsgränserna i 68 § 1 och 2. En tillämpning av undantaget erfordrar att det är nödvändigt för att garantera en tillfredsställande konkurrens. Undantaget kan sålunda inte tillämpas regelmässigt. Den närmare omfattningen av undantaget får bestämmas i rättstillämpningen. Ordvalet om det är ”nödvändigt” anger att undantaget ska tillämpas restriktivt.

70 § *En sådan kontroll som avses i 68 § 6 ska visa varuleverantörens tillverkningskapacitet eller tjänsteleverantörens tekniska kapacitet och om nödvändigt dennes undersöknings- och forskningsresurser samt resurser för kvalitetskontroll.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om vad en sådan kontroll som avses i 68 § 6 ska utvisa och genomför andra meningen i bilaga XII del II e till direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.3.

Av paragrafen följer vad en sådan kontroll som avses i 68 § 6 typiskt sett ska visa. Paragrafen anger vidare vad kontrollen ska visa om det är ”nödvändigt”. Den närmare innebörden av vad som är nödvändigt får bestämmas i rättstillämpningen. Ordvalet om det är ”nödvändigt” anger att sådana krav på vad kontrollen ska utvisa endast ska ställas upp i undantagsfall.

Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder

Kvalitetssäkringsstandarder

71 § *Om en upphandlande myndighet kräver att leverantörerna visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende organ om att leverantören följer vissa kvalitetssäkringsstandarder, inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, ska myndigheten hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standardserier och är certifierade av ackrediterade organ.*

Myndigheten ska godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis om likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder, om leverantören

- 1. inte har möjlighet att erhålla intygen inom gällande tidsfrister och detta inte beror på leverantören, och*
- 2. visar att åtgärderna stämmer överens med de kvalitetssäkringsstandarder som myndigheten har krävt.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om kvalitetssäkringsstandarder och genomför artikel 62.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.7.3.

I första stycket finns bestämmelser om att en upphandlande myndighet som kräver att leverantörerna ska iaktta vissa kvalitetssäkringsstandarder också ska hänvisa till vilka kvalitetssäkringssystem som leverantören kan åberopa. Sådana system ska bygga på

relevanta europeiska standardserier och vara certifierade av ackrediterade organ. Bestämmelserna motsvarar nuvarande 11 kap. 14 § första stycket LOU.

Av *andra stycket* följer att myndigheten ska godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES. Kravet att organen ska vara etablerade inom EES motsvarar kravet i nuvarande 11 kap. 14 § andra stycket LOU. Möjligheterna att åberopa "andra bevis om likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder" förutsätter bl.a. enligt punkten 1 att leverantören har varit aktsam. Att en tidsfrist inte har kunnat följas får som framgår inte bero på leverantören.

Miljöledningsstandarder

72 § Om en upphandlande myndighet kräver att leverantörerna visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende organ om att leverantören följer vissa miljöledningssystem eller miljöledningsstandarder, ska myndigheten hänvisa till

1. Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1221/2009 av den 25 november 2009 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (Emas),

2. andra miljöledningssystem som erkänns i enlighet med artikel 45 i samma förordning, eller

3. andra miljöledningsstandarder som grundas på berörda europeiska eller internationella standarder från ackrediterade organ.

Myndigheten ska godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis om likvärdiga miljöledningsåtgärder, om leverantören kan visa

1. att denne inte har möjlighet att få intygen utfärdade eller att erhålla dem inom gällande tidsfrister och detta inte beror på leverantören, och

2. att åtgärderna är likvärdiga med dem som erfordras i det miljöledningssystem eller den miljöledningsstandard som myndigheten har krävt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om miljöledningsstandarder och genomför artikel 62.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.7.3.

I *första stycket* finns bestämmelser om att en upphandlande myndighet som kräver att leverantörerna ska följa vissa miljöledningssystem eller miljöledningsstandarder också ska hänvisa till vilka system eller standarder som leverantören kan åberopa. Som

framgår av punkterna 1 och 2 styr bestämmelserna i förordning 1221/2009 vad leverantören kan åberopa. Av punkten 3 följer vidare att även andra miljöledningsstandarder kan åberopas. Bestämmelserna i första stycket motsvarar i beskrivna delar nuvarande 11 kap. 15 § första stycket LOU. Bestämmelsen i punkten 2 får i förhållande till den nämnda paragrafen ses enbart som ett förtydligande.

När det gäller första stycket bör noteras att det inte formellt begränsas till kontrakt som gäller tjänster eller byggentreprenader.

Av *andra stycket* följer att myndigheten ska godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES. Kravet att organen ska vara etablerade inom EES motsvarar kravet i nuvarande 11 kap. 15 § andra stycket LOU. Möjligheterna att åberopa "andra bevis om likvärdiga miljöledningsåtgärder" förutsätter bl.a. enligt punkten 1 att leverantören har varit aktsam. Att en tidsfrist inte har kunnat följas får som framgår inte bero på leverantören.

Av övervägandena i avsnitt 7.7.3 framgår att en jämförelse mellan artikel 62.1 sista meningen och artikel 62.2 andra stycket i direktivet visar vissa skillnader mellan vilka begrepp som förekommer och hur de används. När det gäller "bevisligen" i artikel 62.2 andra stycket i direktivet, anser utredningen att det knappast tillför bestämmelsen något. I den delen får det i stället anses angelägnare att andra stycket i denna paragraf överensstämmer med 71 § andra stycket.

Det anförda kan även göras gällande beträffande nyss berörda skillnader mellan direktivets punkter såvitt avser hur orden "likvärdiga" och "överensstämmer" används samt att det i artikelns andra punkt anges att leverantören inte ska kunna få intygen "utfärdade" eller "erhålla" dem. Som framgått anges i artikel 62.1 sista meningen i direktivet enbart att leverantören inte har kunnat "erhålla" intygen. Utredningen sätter starkt i fråga att dessa skillnader är tänkta att medföra några skillnader i tillämpningen. Det kan dock inte uteslutas att så har varit fallet. Utredningen har därför valt att genomföra artikeltexten på ett sådant sätt att skillnaderna kvarstår. Enligt utredningen får frågan avgöras i rättstillämpningen.

Leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet

73 § En leverantör får vid behov och för fullgörandet av ett visst kontrakt utnyttja andra företags kapacitet för att uppfylla tillämpliga krav för val av leverantörer som avser ekonomisk och finansiell ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 52 § första stycket 2 och 3. När kapaciteten gäller sådan teknisk kapacitet som avses i 68 § 7, får leverantören dock endast åberopa ett annat företags kapacitet om det företaget också kommer att utföra den tjänst eller byggtreprenad för vilken kapaciteten krävs.

Andra företags kapacitet får utnyttjas enligt första stycket oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Förbindelserna ska dock visa att leverantören kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Paragrafen innehåller bestämmelser om leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet och genomför tillsammans med 74 § artikel 63.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.8.3.

Av första stycket följer att en leverantör vid behov får utnyttja andra företags kapacitet för fullgörande av ett visst kontrakt. De krav för val av leverantörer som en leverantör kan uppfylla genom att åberopa annans kapacitet är sådana som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. För viss kapacitet kan leverantören åberopa ett annat företags kapacitet endast om det företaget också kommer att utföra tjänsten eller byggtreprenaden i fråga.

Det *andra stycket* uttrycker den grundläggande bestämmelsen att leverantören styr över hur den organiserar sin verksamhet. Den sista meningen i stycket har utformats med nuvarande 11 kap. 12 § andra meningen LOU som förebild.

Utredning avseende en leverantörs utnyttjande av andra företags kapacitet

74 § En leverantör kan till stöd för att denne uppfyller tillämpliga krav enligt 52 § 2 och 3 genom utnyttjande av andra företags kapacitet lämna ett dokument av vilket det framgår att företagen åtar sig att ställa nödvändiga resurser för kontraktets fullgörande till leverantörens förfogande.

Paragrafen innehåller bestämmelser om utredning avseende andra företags kapacitet som en leverantör kan lämna in och genomför tillsammans med 73 § artikel 63.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.8.3.

Paragrafen klargör att en upphandlande myndighet kan kräva att en leverantör lämnar in ett dokument, åtagande enligt artikeln, som visar att nödvändiga resurser står till leverantörens förfogande.

75 § En upphandlande myndighet som vid en kontroll enligt 49 § tredje stycket finner att ett företag inte uppfyller villkoren enligt 49 § andra stycket 2 eller 3, får begära att leverantören ska utnyttja ett annat företags kapacitet enligt 73 §.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandlande myndighet får begära att en leverantör ska utnyttja andra företags kapacitet och genomför tillsammans med 49 § tredje stycket artikel 63.1 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.8.3.

Enligt paragrafen får myndigheten begära att leverantören ska byta ut det företag vars kapacitet som återopas. Denna möjlighet kan utnyttjas om det ursprungliga företaget befinner sig i en sådan situation att någon av grunderna för uteslutning är uppfyllda. Den kan också utnyttjas om företaget inte uppfyller tillämpliga krav för val av leverantörer. För att bestämmelsen inte ska bli helt innehållslös måste leverantören ges en rimlig tidsfrist att komma in med uppgifter om ett nytt företag. Vad som är en rimlig tidsfrist får bedömas från fall till fall.

76 § En upphandlande myndighet får besluta att tillämpa krav för hur ett kontrakt ska fullgöras enligt andra och tredje styckena, om leverantörerna utnyttjar andra företags kapacitet enligt 73 §.

Myndigheten får besluta att leverantörerna och de företag vars kapacitet leverantören avser att utnyttja ska vara solidariskt ansvariga för fullgörandet av kontraktet, om kapaciteten som ska utnyttjas avser ekonomisk och finansiell ställning enligt 52 § första stycket 2.

Myndigheten får besluta att vissa för kontraktet avgörande uppgifter ska utföras direkt av leverantörerna, om kontraktet avser tjänstekontrakt, byggtreprenadkontrakt eller monterings- eller installationsarbeten inom ramen för ett varukontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav för hur ett kontrakt ska fullgöras om andra företags kapacitet utnyttjas och genomför artikel 63.1 tredje stycket och artikel 63.2, i den del som inte rör grupper av leverantörer, i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.8.3.

Av *första stycket* följer att vissa särskilda krav kan tillämpas för fullgörandet av ett kontrakt om en leverantör utnyttjar andra företags kapacitet.

Enligt det *andra stycket* får myndigheten kräva att leverantören och företaget ska vara solidariskt ansvariga för fullgörandet av kontraktet. Kravet kan användas om kapaciteten som utnyttjas avser ekonomisk eller finansiell ställning.

Av *tredje stycket* följer att myndigheten kan kräva att leverantören själv ska utföra vissa uppgifter när ett kontrakt fullgörs. Möjligheten att ställa sådana krav förutsätter att det rör sig om sådana kontrakt eller uppgifter som räknas upp i stycket. Vidare ska uppgifterna som ska utföras direkt av leverantören vara sådana att de är att betrakta som "för kontraktet avgörande". Formuleringen motsvarar artikelns ordval "kritiska". Vad som är "för kontraktet avgörande" är inte preciserat men får antas förutsätta att vad som är avgörande uppgifter, eller kritiska uppgifter enligt artikeln, för kontraktets fullgörande ska vara skäl av tyngd. Kravet innebär ju att myndigheten ingriper i leverantörens allmänna rätt att använda sig av andra företags kapacitet (jfr bl.a. de i avsnitt 10.2.1 två nämnda domarna från EU-domstolen, Siemens och ARGE Telekom samt Swm Costruzioni och Mannocchi Luigino).

Officiella förteckningar och certifieringar genom certifieringsorgan

77 § När en leverantör är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett land inom EES eller är certifierad av ett certifieringsorgan som uppfyller europeiska certifieringsstandarder, får det antas att leverantören i fråga om de förhållanden som omfattas av förteckningen eller certifieringen uppfyller de förutsättningar och krav som anges i 13–15 och 52 §§.

Paragrafen innehåller bestämmelser om officiella förteckningar och certifieringar genom certifieringsorgan och genomför artikel 64.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.9.3.

Paragrafen har utformats med nuvarande 11 kap. 16 § LOU som förebild.

Grunder för utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

Tilldelning av kontrakt

78 § *En upphandlande myndighet ska tilldela ett kontrakt den leverantör vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten.*

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska utvärderas på grundval av antingen

- 1. pris eller*
- 2. kostnad.*

Vid en utvärdering enligt andra stycket 2, ska myndigheten ta hänsyn till tilldelningskriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet.

Paragrafen innehåller grundläggande bestämmelser om tilldelning av kontrakt och genomför artikel 67.1 och, tillsammans med 79 §, artikel 67.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

Av *första stycket* följer att ett kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det anbud som den upphandlande myndigheten anser vara det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” är överordnat de två grunder för utvärdering som räknas upp i andra stycket. Begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” är sålunda inte en tilldelningsgrund utan en allmän erinran om att det är myndigheten som inom upphandlingsregelverkets ramar avgör vilka kriterier som ska användas för att bedöma vilka lösningar som är de bästa för att tillgodose myndighetens anskaffningsbehov.

Av *andra stycket* följer att anbud ska utvärderas på grundval av någon av de två angivna grunderna pris eller kostnad. Grunden pris motsvarar grunden lägsta pris enligt nuvarande 12 kap. 1 § första stycket 2 LOU. Grunden kostnad motsvarar grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt nuvarande 12 kap. 1 § första stycket 1 LOU. Praxis avseende tilldelningsgrunderna i 2004 års upphandlingsdirektiv och enligt nämnda bestämmelser i nuvarande lag om offentlig upphandling är således relevant även för tillämpningen av denna paragraf.

Att uppgifter om tillämpliga grunder ska offentliggöras enligt de allmänna bestämmelserna om annonsering framgår av bilaga V till direktivet (se del B avsnitt II punkt 6 och del C punkt 18). Den närmare utformningen av en sådan annons kommer att utformas i

enlighet med de standardformulär som EU-kommissionen fastställer genom genomförandeakter (se artikel 51.1 i direktivet).

Det tredje stycket erinrar om att vid utvärdering på grundval av kostnad ska myndigheten ta hänsyn till tilldelningskriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet. Är ett kriterium inte kopplat till kontraktetsföremålet, är det inte heller tillåtet som utvärderingskriterium. En motsvarande bestämmelse finns i nuvarande 12 kap. 1 § andra stycket LOU. I 80 § finns ytterligare bestämmelser om kopplingen mellan tilldelningskriterierna och föremålet för kontraktet.

78 a § Om leverantörens anbud inte överensstämmer med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter enligt 103 §, får myndigheten besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet enligt 78 § första stycket.

Paragrafen innehåller bestämmelser om miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter och genomför artikel 56.1 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.3.

Tilldelningskriterier för utvärdering av anbud

79 § När en myndighet utvärderar ett anbud på grundval av kostnad enligt 78 § andra stycket 2, ska myndigheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för en vara, tjänst eller byggtreprenad eller en bedömning av det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Kostnadseffektiviteten ska bedömas på grundval av tilldelningskriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter eller sociala aspekter.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tilldelningskriterier för utvärdering av anbud och genomför tillsammans med 78 § artikel 67.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

Bestämmelserna motsvarar den exemplifierande uppräknings av tänkbara tilldelningskriterier som finns i nuvarande 12 kap. 1 § andra stycket LOU.

Tilldelningskriteriernas utformning

80 § *Tilldelningskriterierna ska anses vara kopplade till föremålet för kontraktet, om de i alla avseenden avser den vara, tjänst eller byggentreprenad som ska levereras, tillhandahållas eller utföras genom kontraktet och berör kontraktetsföremålet under dess livscykel.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om tilldelningskriteriernas koppling till föremålet för ett kontrakt och genomför artikel 67.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

Uppräkningen i artikel 67.3 leden a och b i direktivet saknar motsvarighet i paragrafen. Uppräkningen i direktivet är dock endast en exemplifierande uppräkning av faktorer som berör föremålet för kontraktet på ett sådant sätt att de ska anses vara kopplade till kontraktetsföremålet enligt det allmänna ramverk som punkten i övrigt ger uttryck för.

Paragrafen beskriver i allmänna ordalag hur tilldelningskriterierna ska beröra föremålet för kontraktet för att de ska anses vara kopplade till kontraktetsföremålet. Den närmare betydelsen av bestämmelserna får bedömas i rättstillämpningen. Hur frågan om kopplingen mellan tilldelningskriterierna och föremålet för kontraktet ska bedömas framgår av bl.a. EU-domstolens dom i mål C-368/10, Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna (*EKO och MAX HAVELAAR*) (se punkterna 86 och 89–92). Målet rörde bl.a. tillåtligheten av att som tilldelningskriterium ange att ingredienserna i de varor som skulle levereras skulle vara märkta med EKO eller MAX HAVELAAR, vilka var märken som avsåg miljöegenskaper och sociala egenskaper. Det framgår av domen att EU-domstolen inte synes ställa rigorösa krav på en adekvat koppling till kontraktetsföremålet.

Paragrafen avslutas med att kriterierna ska beröra ”kontraktetsföremålet under dess livscykel”. Formuleringen innebär inte något krav på att kriterierna måste beröra kontraktetsföremålet under hela dess livscykel.

81 § *Tilldelningskriterierna*

- 1. ska garantera en effektiv och rättvis konkurrens,*
- 2. får inte ha en sådan utformning, att en bedömning på grundval av dem får den effekten, att de ger myndigheten en obegränsad valfrihet vid utvärderingen av anbuden, och*

3. ska kompletteras med specifikationer som gör det möjligt att effektivt kontrollera de uppgifter som lämnas av leverantörerna såvitt avser frågan om hur väl anbuden uppfyller tilldelningskriterierna.

Om det finns anledning till det, ska myndigheten kontrollera om de uppgifter som leverantören har lämnat in är korrekta.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tilldelningskriteriernas utformning och genomför artikel 67.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

Första stycket ger uttryck för EU-domstolens praxis i fråga om hur tilldelningskriterier kan utformas (se bl.a. målet *EKO och MAX HAVELAAR* som berörs i kommentaren till 80 §, punkterna 85, 87 och 88).

Begreppen ”tveksamma fall” och ”effektivt kontrollera” i artikel 67.4 sista meningen i direktivet saknar ordagranna motsvarigheter i paragrafen. I paragrafens *andra stycke* motsvaras det förra av ”finns anledning” och det senare av ”kontrollera”.

Livscykelkostnader

82 § *Kostnader under livscykeln för en vara, tjänst eller byggentreprenad får beaktas av myndigheten när den utvärderar ett anbud enligt 79 §.*

Kostnader enligt första stycket är sådana som myndigheten eller någon annan användare ska betala och som helt eller delvis avser kostnader

1. för förvärv,
2. för användning,
3. för underhåll,
4. vid livslängdens slut, eller
5. för externa miljöeffekter.

Kostnader för externa miljöeffekter får beaktas under förutsättning att miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar och kontrolleras.

Paragrafen innehåller bestämmelser om livscykelkostnader och genomför artikel 68.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.3.

Av första stycket följer att livscykelkostnader kan användas som tilldelningskriterier när anbud utvärderas på grundval av kostnad enligt 78 § andra stycket 2.

I *andra stycket* finns en exemplifierande uppräkningslista av kostnader som typiskt sett är sådana kostnader som kan beaktas som livscykelkostnader. Uppräkningslistan utesluter dock inte att det finns andra kostnader än de uppräknade som kan beaktas som livscykelkostnader. Kostnaderna i punkterna 1–4 är interna kostnader. Kostnaderna i punkten 5 är en form av externa kostnader. Exempel på vad som kan utgöra kostnader enligt punkterna 2, 4 och 5 finns i artikel 68.1 a ii och iv och artikel 68.1 b i direktivet.

Formuleringen ”som kan tillskrivas” i art. 68.1 b i direktivet motsvarar ”för” i punkten 5.

En förutsättning för att kostnaderna enligt punkten 5 ska kunna beaktas är att miljöeffekterna i fråga kan fastställas till ett belopp i pengar. Med formuleringen ”fastställas till ett belopp i pengar” uppnås det som anges i artikel 68.1 b i direktivet, att regleringen förutsätter att miljöeffekternas ”penningvärde kan fastställas och kontrolleras”.

83 § *Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange vilka uppgifter om livscykelkostnader leverantörerna ska lämna in till myndigheten och vilken metod myndigheten kommer att använda för att på grundval av dessa uppgifter fastställa livscykelkostnaderna.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav på offentliggörande av uppgifter med betydelse för livscykelkostnaderna och genomför tillsammans med 84 § artikel 68.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.3.

Bestämmelserna erinrar om vad som följer av bl.a. principen om öppenhet.

84 § *Myndighetens metod för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter enligt 82 § andra stycket 5 ska*

- 1. grundas på objektiva verifierbara och icke-diskriminerande kriterier,*
- 2. inte på ett otillbörligt sätt gynna eller missgynna vissa av leverantörerna, och*
- 3. vara tillgänglig för leverantörerna.*

Metoden för att bedöma kostnaderna enligt första stycket ska utformas så att de uppgifter som ska lämnas in till myndigheten kan tillhandahållas av leverantörerna med rimliga ansträngningar.

Paragrafen innehåller bestämmelser om metoder för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter och genomför, tillsammans med 83 §, artikel 68.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.3.

Bestämmelserna i paragrafen äger visserligen allmän giltighet och har alltså inte bara betydelse för hur kostnader för externa miljöeffekter enligt 82 § andra stycket 5 ska hanteras. Att bestämmelserna likväl enbart tar sikte på kostnader av nyss nämnt slag torde hänga samman med att de i paragrafen berörda aspekterna behöver särskilt framhållas när sådana kostnader ska bedömas.

Bestämmelserna i *första stycket* erinrar om det som följer av bl.a. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. I fråga om punkten två kan noteras att den inte innehåller någon ordagrann motsvarighet till ”särskilt om den inte har utvecklats för upprepad eller löpande användning”. Att det typiskt sett finns en risk för att en eller flera leverantörer diskrimineras när en sådan metod anlitas är självklart och behöver inte särskilt anges i punkten. Vad gäller punkten 3, så motsvarar ”leverantörer” i punkten ”alla berörda parter” i artikel 68.2 andra stycket b i direktivet.

Bestämmelsen i *andra stycket* har kortats ned i förhållande till den bestämmelse i direktivet som den genomför, artikel 68.2 andra stycket c i direktivet. Att måttstocken för vad som är rimliga ansträngningar utgår från normalt omdömesgilla leverantörer – oavsett ursprungsland – kan lämnas utanför lagtexten. Detta får anses självklart.

Viktning av tilldelningskriterier

85 § När ett anbud ska utvärderas på grundval av kostnad enligt 78 § andra stycket 2, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes.

Kriterier får viktas av myndigheten enligt första stycket inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om kriterierna inte är möjliga att vikta, ska myndigheten i stället ta hänsyn till dem genom en fallande prioritetsordning.

Paragrafen innehåller bestämmelser om viktning av tilldelningskriterier och genomför tillsammans med 86 § artikel 67.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 12 kap. 2 § första och andra styckena LOU.

86 § *Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur tilldelningskriterierna ska viktas inbördes enligt 85 §.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav på offentliggörande av hur tilldelningskriterierna ska viktas och genomför tillsammans med 85 § artikel 67.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 12 kap. 2 § tredje stycket LOU.

87 § *Bestämmelserna i X kap.²⁰ gäller för*

1. offentliga upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilagan, och

2. offentliga upphandlingar eller projektävlingar vars värden beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i X kap.²¹.

Paragrafens första punkt innehåller bestämmelser om offentlig upphandling som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Bestämmelserna genomför tillsammans med bestämmelser i kapitlet Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet i den nya lagen om offentlig upphandling artiklarna 74–76 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.3.

För kommentar till paragrafens andra punkt se förslaget till ny lag om offentlig upphandling i departementspromemorian, Ds 2014:25.

Allmänna bestämmelser om tillsyn och samarbete med Europeiska kommissionen

88 § *Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om vilken myndighet som ska utöva tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt denna lag och om vilken myndighet som ska vara kontaktpunkt för samarbete med Europeiska kommissionen när det gäller tillämpningen av denna lag.*

Paragrafen upplyser om att regeringen kan meddela föreskrifter om vilka myndigheter som ska utföra vissa uppgifter. Paragrafen genomför, tillsammans med 89–92 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 83 och, tillsammans med bestämmelser i förordning,

²⁰ Kapitlet Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

²¹ Kapitlet Tröskelvärden.

artikel 86 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitten 12.2.3 och 12.5.3.

Bestämmelserna i 88–92 §§ motsvarar nuvarande 18 kap. 1–5 §§ LOU. Till bestämmelsen i 88 § har dock förts en upplysning om att regeringen även kan meddela föreskrifter om vilken myndighet som ska vara kontaktpunkt och därmed bistå EU-kommissionen och upphandlande myndigheter från andra länder samt vidta åtgärder för ett effektivt samarbete med dessa myndigheter.

89 § Tillsynsmyndigheten får vid sin tillsyn inhämta alla nödvändiga upplysningar för sin tillsynsverksamhet från upphandlande myndigheter eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfång, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens handläggning och genomför, tillsammans med 88 och 90–92 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 83 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 18 kap. 2 § LOU.

90 § En upphandlande myndighet och den som kan antas vara en upphandlande myndighet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

Paragrafen innehåller bestämmelser om skyldighet att tillhandahålla de uppgifter som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn och genomför, tillsammans med 88, 89, 91 och 92 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 83 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 18 kap. 3 § LOU.

Föreläggande

91 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet

att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen.

Ett föreläggande enligt första stycket får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart hos allmän förvaltningsdomstol.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens möjligheter att förelägga de som enligt 90 § är skyldiga att tillhandahålla uppgifter att inkomma med visst material. Paragrafen genomför, tillsammans med 88–90 och 92 §§, artikel 83 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 18 kap. 4 § LOU.

Behörig domstol

92 § Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 91 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om behörig domstol vid överklagande av beslut om föreläggande enligt 91 § och genomför, tillsammans med 88–91 §§, artikel 83 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 18 kap. 5 § LOU.

Dokumentation av förfaranden

93 § En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandlande myndighet ska dokumentera upphandlingsförfarandet och genomför tillsammans med 94 c § artikel 84.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.3.

Av bestämmelsen följer att en upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Den är framförallt

motiverad av att leverantörer och tillsynsmyndigheten ska kunna kontrollera att den upphandlande myndighetens åtgärder under en upphandling är i enlighet med upphandlingsregelverket.

Individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt

94 § *En upphandlande myndighet ska för varje*

1. *kontrakt som tilldelas,*
2. *ramavtal som ingås, och*
3. *dynamiskt inköpssystem som upprättas*

enligt denna lag skriva en individuell rapport.

Första stycket 1 gäller inte om upphandlingens värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i X kap.²² eller om kontraktet har tilldelats på grundval av ett ramavtal enligt X §§²³.

Första stycket 2 gäller inte om upphandlingens värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i X kap.²⁴

Paragrafen innehåller bestämmelser om individuella rapporter som ska upprättas av upphandlande myndigheter och genomför artikel 84.1 första stycket fram till led a och artikel 84.1 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.3.

Andra och tredje styckena förestavas av att artikel 84.1 i direktivet anger att varje kontrakt eller ramavtal ”som omfattas av detta direktiv”. Detta tolkar utredningen som att kontrakt och ramavtal som understiger eller beräknas understiga tillämpliga tröskelvärden inte regleras i artikeln. De ska därför inte heller regleras i aktuell paragraf. I tydlighetens intresse har detta dock angetts i andra och tredje styckena.

Skyldigheten enligt paragrafen bör sålunda inte omfatta sådana upphandlingar för vilka gäller kapitlet Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet i den nya lagen om offentlig upphandling. Detta bör dock gälla med ett undantag, nämligen för de sociala tjänster och andra särskilda tjänster som överstiger tillämpligt tröskelvärde. För sådana tjänster bör en hänvisning till

²² Kapitlet Tröskelvärden.

²³ Bestämmelserna som genomför artikel 33.3 och 33.4 a i direktivet.

²⁴ Kapitlet Tröskelvärden.

paragrafen föras in i nämnda kapitel i den nya lagen om offentlig upphandling.

Rapporteringskyldigheten enligt paragrafen omfattar inte kontrakt som ingås med stöd av bestämmelserna om interna kontrakt och kontrakt mellan upphandlande myndigheter (se 104–113 §§).

94 a § *Regeringen får meddela föreskrifter om vilka uppgifter en individuell rapport enligt 94 § ska innehålla.*

Paragrafen innehåller ett bemyndigande för regeringen att meddela föreskrifter med bestämmelser om vilka uppgifter en individuell rapport ska innehålla och genomför, tillsammans med föreskrifterna som meddelas med stöd av bemyndigandet, artikel 84.1 första stycket leden a–i och artikel 84.1 tredje stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.3.

I avsnitt 12.3.3 föreslås hur de föreskrifter som ska meddelas med stöd av paragrafens bemyndigande bör utformas.

94 b § *Den individuella rapporten enligt 94 § eller huvuddragen i denna ska på begäran tillställas Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 88 §.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en individuell rapport eller huvuddragen av den ska tillställas bl.a. EU-kommissionen och genomför artikel 84.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.3.

De som kan begära att få tillgång till rapporten med stöd av paragrafen är kommissionen och den svenska tillsynsmyndighet som avses i 88 §.

Bevarande av handlingar

94 c § *När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, den individuella rapporten enligt 94 §, sådana dokument som avses i 93 § och liknande dokument.*

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Paragrafen innehåller bestämmelser om bevarande av handlingar och genomför tillsammans med 93 § artikel 84.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 9 kap. 13 § LOU. Uppräkningen av de handlingar som ska bevaras har dock anpassats till hur handlingarna omnämns i 93 och 94 §§. Kravet på att handlingarna ska bevaras minst fyra år har inte ändrats i förhållande till motsvarande bestämmelser i nuvarande 9 kap. 13 § LOU. Enligt artikel 84.2 i direktivet ska handlingarna bevaras minst tre år. Direktivet hindrar således inte att tiden bestäms till minst fyra år.

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt

95 § En leverantör får för fullgörandet av ett kontrakt som denne har tilldelats anlita underleverantörer som ska fullgöra kontraktet i enlighet med de skyldigheter som avses i 103 §.

Paragrafen innehåller bestämmelser om anlitan av underleverantörer och genomför artikel 71.1, 71.5 tredje stycket, 71.6 och 71.8 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

Av paragrafen följer att en leverantör kan anlita en eller flera underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt som har tecknats med en upphandlande myndighet. Med underleverantör avses i detta sammanhang enbart underleverantörer till leverantören. Reglerna är således inte tillämpliga på eventuella förhållanden längre ned i en underleverantörskedja. Detta innebär dock inte att en leverantörs rätt att på civilrättsliga grunder anlita såväl en eller flera underleverantörer som flera underleverantörer i en kedja påverkas.

I paragrafen erinras om att de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som avses i 103 § gäller även om en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt. Uttryckt på ett annat sätt innebär ett anlitan av underleverantörer inte att leverantörens ansvar för fullgörandet helt upphör. Som framgår av bestämmelserna i 103 § ska leverantören vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att fullgörandet är i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter (se även avsnitt 3.2.4).

Uppgifter om hur leverantören planerar att kontraktet ska fullgöras

96 § *En upphandlande myndighet får begära att leverantörer ska lämna in uppgifter om hur stor del av kontraktet som leverantören kan komma att fullgöra genom att anlita underleverantörer enligt 95 §, och de underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra kontraktet i den delen.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om uppgifter beträffande underleverantörer som en upphandlande myndighet får begära in och genomför artikel 71.2 i direktivet med undantag för punktens bestämmelserna om offentliggörande. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

Paragrafens bestämmelser motsvarar bestämmelserna om att uppgifter får begäras in i nuvarande 6 kap. 11 § LOU. Som framgår av 98 § 1 ska myndigheten i något av upphandlingsdokumenten ange de uppgifter som leverantören ska lämna in.

De uppgifter som en leverantör lämnar enligt paragrafen är inte förpliktigande för leverantören. Bestämmelsen medför endast att en myndighet får begära att en leverantör ska ange sin bedömning i fråga om hur kontraktet ska fullgöras. Bestämmelsen innebär inte att leverantören genom sitt besked binder sig för att fullgöra kontraktet på visst sätt i aktuellt avseende.

Betalning direkt till en underleverantör

97 § *Myndigheten får betala för kontraktets fullgörande direkt till en sådan underleverantör som avses i 95 §, om denne begär det och kontraktets art så tillåter.*

Om myndigheten ska betala ut ersättningen direkt till en underleverantör enligt första stycket, ska den fastställa ordningen för detta.

Paragrafen innehåller bestämmelser om betalning direkt till en underleverantör och genomför artikel 71.3 i direktivet med undantag för punktens bestämmelser om offentliggörande. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

Av första stycket framgår att en underleverantör kan begära att en upphandlande myndighet ska betala för ett kontrakts fullgörande direkt till underleverantören. Detta förutsätter att kontraktets art medger en sådan direktbetalning. Vad som närmare innefattas i begreppet kontraktets art är oklart. Med hänsyn till att

den upphandlande myndigheten ”får” men inte ”ska” betala direkt till en underleverantör, torde en myndighet vid eventuella tveksamheter i fråga om lämpligheten av att tillämpa ordningen på ett enskilt kontrakts fullgörande kunna avstå från att tillämpa densamma.

Betalning direkt till en underleverantör förutsätter enligt *andra stycket* att det finns en fastställd ordning för hur betalningen ska gå till. Som framgår av 98 § 2 ska denna ordning offentliggöras i något av upphandlingsdokumenten.

Offentliggörande

98 § *Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange*

1. de uppgifter leverantörerna ska lämna in till myndigheten enligt 96 §, och

2. om myndigheten avser att tillämpa sådan direktbetalning till underleverantörer som avses i 97 § och i så fall enligt vilken ordning den ska genomföra direktbetalningarna.

Paragrafen innehåller bestämmelser om offentliggörande av uppgifter som rör anlåtande av underleverantörer och genomför bestämmelserna om offentliggörande i artikel 71.2 och 71.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

Begreppet ”enligt vilken ordning” i *andra punkten* motsvarar begreppet ”arrangemang” i artikel 71.3 i direktivet. Ordningen som bestäms för direktbetalning kan innefatta en lämplig ordning för leverantören att invända mot direktbetalningen (se näst sista meningen i artikel 71.3 i direktivet).

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av ett kontrakt påbörjas

99 § *En upphandlande myndighet ska ställa krav på att den leverantör som har tilldelats ett kontrakt ska lämna in sådana uppgifter som avses i 100 § innan leverantören påbörjar fullgörandet av kontraktet, om kontraktet avser*

1. färdigställande av en byggentreprenad eller

2. en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vid vilka typer av kontrakt en upphandlande myndighet ska ställa krav på att vissa uppgifter om underleverantörer ska lämnas innan fullgörandet av kontraktet påbörjas. Paragrafen genomför tillsammans med 100 § artikel 71.5 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

Enligt paragrafen är en upphandlande myndighet skyldig att kräva att en leverantör som har tilldelats ett kontrakt lämnar in sådana uppgifter som avses i 100 §. Som framgår av den nu aktuella paragrafen gäller denna skyldighet enbart om kontraktets fullgörande avser färdigställande av en byggtreprenad (första punkten) eller en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten (andra punkten).

Den närmare betydelsen av den *andra punkten* är något oklar. Viss ledning ges dock genom uttalandena i skäl 105 andra stycket i direktivet. Med ledning av skälen synes det handla om att en myndighet ska ha kontroll på vilka som vistas i eller vid byggnader, infrastrukturanläggningar eller -områden. I skälet lämnas som exempel stadshus, kommunala skolor, idrottsanläggningar, hamnar eller motorvägar.

100 § Myndigheten ska enligt 99 § ställa krav på att leverantören anger namn på och kontaktuppgifter för sådana underleverantörer som anlitas enligt 95 §. Samma uppgifter ska lämnas för legala ställföreträdare för dessa underleverantörer.

Myndigheten ska också ställa krav på att leverantören ska underrätta myndigheten om varje ändring av sådana uppgifter som avses i första stycket som görs under kontraktets löptid.

Bestämmelserna i första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilka uppgifter om underleverantörer som en upphandlande myndighet ska kräva att den leverantör som har tilldelats kontraktet ska lämna in. Paragrafen genomför, tillsammans med 99 §, artikel 71.5 första stycket och artikel 71.5 fjärde stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

De underleverantörer som omfattas av paragrafens bestämmelser är underleverantör till leverantören. Bestämmelserna ställer således inte krav på att en leverantör ska lämna uppgifter i enlighet med paragrafen om underleverantörer längre ned i en underleverantörskedja. Av tredje stycket följer vidare att kravet på att

lämna uppgifter inte gäller beträffande underleverantörer som är varuleverantörer.

I paragrafen finns det inte någon formulering som motsvarar ”i den mån de är kända vid den tidpunkten” i artikel 71.5 första stycket i direktivet. Skyldigheten att lämna uppgifter gäller för förhållanden som är kända för leverantören. Detta behöver inte särskilt anges i paragrafen.

Principer för offentlig upphandling

101 § *Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om de allmänna principerna för offentlig upphandling och genomför artikel 18.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.2.4.

Paragrafen motsvarar nuvarande 2 kap. 9 § LOU.

102 § *En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från denna lags tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller att begränsa konkurrensen och genomför artikel 18.1 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.2.4.

Av paragrafen följer att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta en upphandling från lagens tillämpningsområde. Det följer vidare att upphandlingen inte heller får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Ordvalet ”konstgjort” i artikeln saknar motsvarighet i paragrafen. Redan att syftet med upphandlingens utformning är att begränsa konkurrensen medför att utformningen får anses syfta till att påverka konkurrensen på ett ”konstgjort” sätt. Ordet får därför anses överflödigt i paragrafen.

103 § För att säkerställa att leverantörer som har tilldelats kontrakt enligt denna lag fullgör kontrakten i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, ska upphandlande myndigheter vidta de särskilda åtgärder och övriga lämpliga åtgärder som är förenliga med bestämmelserna i denna lag.

Bestämmelser om särskilda åtgärder som myndigheterna kan vidta enligt första stycket finns i 15 § 1, 78 a §, 95 § och 125 §.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att upphandla myndigheter ska tillse att de leverantörer som har tilldelats kontrakt fullgör dessa i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Paragrafen genomför artikel 18.2 direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.2.4.

104 § Med kontrakt avses dock inte ett avtal som sluts med en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om förhållandena mellan de berörda parterna är sådana att avtalet är att anse som ett internt kontrakt enligt 106–111 §§.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att definitionen av kontrakt i förslaget till ny lag om offentlig upphandling inte ska omfatta avtal med juridiska personer, om avtalen är att anse som interna kontrakt enligt 106–111 §§. Paragrafen genomför tillsammans med 106–111 §§ artikel 12 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

Bestämmelsen undantar vissa typer av kontrakt från lagens tillämpning. I likhet med motsvarigheten i nuvarande 2 kap. 10 a § LOU är den formulerad som ett undantag från kontraktsbegreppet som begreppet är formulerat enligt definitionen i den nya lagen om offentlig upphandling.

I fråga om vilka subjekt en upphandlande myndighet kan sluta sådana avtal med som bestämmelsen tar sikte på, motsvarar den 2 kap. 10 a § LOU. I bestämmelsen anges sålunda att den gäller avtal som sluts med juridiska personer eller gemensamma nämnder enligt kommunallagen (1991:900).

För att ett avtal ska undantas från kontraktsbegreppet enligt bestämmelsen krävs att avtalet är att anse som ett internt kontrakt enligt bestämmelserna i 106–111 §§. Bestämmelserna om interna kontrakt finns i kapitlet Lagens tillämpningsområde i den nya lagen om offentlig upphandling (se kommentarerna till 105–111 §§).

Interna kontrakt

105 § *Denna lag gäller inte för ett avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en avtalspart som är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om avtalet är att anse som ett internt kontrakt enligt 106–111 §.*

Paragrafen upplyser om att den nya lagen om offentlig upphandling inte ska tillämpas om ett avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen är att anse som ett internt kontrakt enligt 106–111 §§. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

Regleringen av interna kontrakt förutsätter från lagtekniska utgångspunkter att ställning först ska tas till om förbindelsen med anledning av anskaffningen i fråga är ett kontrakt enligt definitionen i den nya lagen om offentlig upphandling. Först efter att förbindelsen ha bedömts vara ett kontrakt enligt definitionen, kan det bli aktuellt att bedöma om den trots det inte ska upphandlas med hänsyn till reglerna om interna kontrakt.

I bestämmelsen anges den grundläggande förutsättningen för att ett avtal ska anses vara ett internt kontrakt. Av bestämmelsen framgår att regelverket om interna kontrakt förutsätter att avtalet i fråga har slutits med en part som bedriver sin verksamhet i sådana former att den är att betrakta som en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen.

106 § *Ett avtal enligt 105 § ska anses vara ett internt kontrakt, om*

- 1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över avtalsparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning,*
- 2. avtalsparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens räkning eller för andra sådana personer som avses i 105 § och som myndigheten utövar kontroll över, och*
- 3. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om interna kontrakt som tecknas mellan en upphandlande myndighet och en avtalspart som myndigheten kontrollerar. Paragrafen genomför artikel 12.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

107 § *Ett avtal enligt 105 § ska också anses vara ett internt kontrakt, om*

1. den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över avtalsparten motsvarande den som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar,

2. avtalsparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndigheternas räkning eller för andra sådana personer som avses i 105 § och som myndigheterna utövar kontroll över, och

3. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om interna kontrakt som tecknas mellan en upphandlande myndighet och en avtalspart som myndigheten tillsammans med andra upphandlande myndigheter kontrollerar. Paragrafen genomför artikel 12.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

108 § *Ett avtal enligt 105 § ska också anses vara ett internt kontrakt, om den upphandlande myndigheten står under sådan kontroll av avtalsparten som avses i 106 § 1 och om*

1. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande avtalspartens räkning eller andra sådana personer som avses i 105 § som den kontrollerande avtalsparten utövar kontroll över, och

2. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om interna kontrakt som tecknas mellan en upphandlande myndighet och en avtalspart som kontrollerar myndigheten. Paragrafen genomför tillsammans med 109 och 110 §§ artikel 12.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

109 § *Ett avtal enligt 105 § ska också anses vara ett internt kontrakt, om den upphandlande myndigheten står under sådan kontroll som avses i 106 § 1 och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll som avses i 106 § 1 över avtalsparten och om*

1. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande personens räkning eller för sådana personer som avses i 105 § som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och

2. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om interna kontrakt som tecknas mellan en upphandlande myndighet och en avtalspart som båda kontrolleras av en och samma person. Paragrafen genomförs tillsammans med 108 och 110 §§ artikel 12.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

Bedömning av förhållanden avseende kontroll och verksamhet

110 § *En upphandlande myndighetska anses utöva sådan kontroll som avses i 106 § 1, om den har ett avgörande inflytande över avtalspartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan person som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten.*

Upphandlande myndigheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i 107 § 1, om

1. avtalspartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter,

2. myndigheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över avtalspartens strategiska mål och viktiga beslut, och

3. avtalsparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas intressen.

En avtalspart ska anses utöva sådan kontroll som avses i 108 § 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan person som själv kontrolleras på samma sätt av avtalsparten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kontrollen som avses i 106 § 1, 107 § 1 och 108 § 1 och genomförs artikel 12.1 andra stycket och, tillsammans med 108 och 109 §§, artikel 12.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

111 § *En avtalsparts verksamhetsandel enligt 106 § 2 och 107 § 2 ska bestämmas på grundval av avtalspartens genomsnittliga totala omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under tre föregående år eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.*

Om uppgifterna som avses i första stycket inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt verksamhetsmått.

Paragrafen innehåller bestämmelser om verksamhetsandelen som avses i 106 § 2 och 107 § 2 och genomför tillsammans med 113 § artikel 12.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

Kontrakt mellan upphandlande myndigheter

112 § Denna lag gäller inte för ett kontrakt som ingås mellan två eller flera upphandlande myndigheter om

1. kontraktet upprättar eller reglerar formerna för ett samarbete mellan myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål,

2. genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och

3. myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kontrakt mellan två eller flera upphandlande myndigheter och genomför artikel 12.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

113 § Verksamhetsandelen enligt 112 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens genomsnittliga totala omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under tre föregående år eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna som avses i första stycket inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt verksamhetsmått.

Paragrafen innehåller bestämmelser om verksamhetsandelen som avses i 112 § 3 och genomför tillsammans med 111 § artikel 12.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

Ändringar av kontrakt och ramavtal under löptiden

Ändring av kontrakt utan att en ny upphandling genomförs

114 § *Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras under dess löptid utan att den upphandlande myndigheten genomför en ny upphandling, endast om ändringarna är sådana som avses i 115–120 §§.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om när ett kontrakt eller ett ramavtal kan ändras utan den upphandlande myndigheten genomför en ny upphandling och genomför artikel 72.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

Mindre ändringar av kontraktetsvärde

115 § *En ändring av kontraktetsvärde medför inte att upphandlingen ska göra om i fall den är lägre än de värden som följer av andra stycket och den inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras. Värdet av ändringen ska bedömas på grundval av det samlade nettovärdet av flera ändringar, om ändringarna har genomförts som successiva ändringar.*

Värdet av ändringen enligt första stycket ska vara lägre än

- 1. tillämpligt tröskelvärde enligt X kap.²⁵ och*
- 2. 10 procent av det ursprungliga kontraktets värde, om det är ett varu- eller tjänstekontrakt, eller 15 procent av det ursprungliga kontraktets värde, om det är ett byggentreprenadkontrakt.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om mindre ändringar av kontraktetsvärde som är att anse som tillåtna ändringar och genomför artikel 72.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

Ändringar i särskilda fall

116 § *En ändring är tillåten om den görs enligt en sådan ändringsklausul som avses i andra stycket och den inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras.*

En ändringsklausul ska klart, exakt och entydigt beskriva under vilka förutsättningar den kan tillämpas. Den ska också ange omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

²⁵ Kapitlet Tröskelvärden.

Paragrafen innehåller bestämmelser om ändringsklausuler och genomför tillsammans med 122 § artikel 72.1 a i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

I artikel 72.1 a i direktivet exemplifieras vad en ändringsklausul kan omfatta. Enligt artikeln kan en sådan klausul omfatta prisändringsklausuler eller optioner.

117 § En ändring är tillåten om den är en sådan kompletterande beställning som avses i andra stycket och den inte innebär att priset ökar med mer än 50 procent av värdet på det ursprungliga kontraktet. Om flera ändringar genomförs successivt, ska begränsningen i fråga om ökningen av priset tillämpas på varje enskild ändring.

En beställning får göras som en kompletterande beställning av varor, tjänster eller byggentreprenader som inte ingick i den ursprungliga upphandlingen från den leverantör som har tilldelats kontraktet, om

- 1. beställningen har blivit nödvändig att göra,*
- 2. ett byte av leverantör inte kan göras av ekonomiska eller tekniska skäl, och*
- 3. ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om kompletterande beställningar och genomför artikel 72.1 b i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

Av paragrafen framgår att den endast tar sikte på ändringar av kontrakt. Begränsningsregeln vad gäller ökning av priset i första stycket gäller endast i förhållande till ett kontrakt. En kompletterande beställning enligt andra stycket kan vidare göras endast från den leverantör som har tilldelats det kontrakt som ska ändras (jfr "contractor" enligt den engelska versionen av artikel 72.1 b i direktivet). Ändring genom kompletterande beställningar kan sålunda endast göras av kontrakt och inte av ramavtal.

Successiva ändringar enligt första stycket får inte göras i syfte att kringgå lagen. Detta följer redan av bestämmelsen i 102 § och behöver inte särskilt anges i paragrafen.

I artikel 72.1 b i direktivet finns exempel på vad som kan utgöra ekonomiska eller tekniska skäl enligt andra stycket 2. Som framgår av artikeln kan det röra sig om att ett byte av leverantör inte kan göras på grund av krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer som upphandlats vid den ursprungliga upphandlingen.

118 § *En ändring är tillåten om behovet av den har uppstått till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse och om den*

1. inte innebär att priset ökar med mer än 50 procent av värdet på det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet, och

2. inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras.

Om flera ändringar genomförs successivt, ska begränsningen i fråga om ökningen av priset enligt första stycket 1 tillämpas på varje enskild ändring.

Paragrafen innehåller bestämmelser om oförutsebara omständigheter och genomför artikel 72.1 c i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

Bedömningen av vad en upphandlande myndighet har kunnat förutse förutsätter att myndigheten håller sig informerad som en normalt aktsam ekonomisk aktör – eller som det uttrycks i artikel 72.1 c i i direktivet, som en omdömesgill upphandlande myndighet. Denna förutsättning behöver dock inte anges särskilt i paragrafen.

Då paragrafen siktar in sig på ändringar av såväl kontrakt som ramavtal bör också dessa anges i *första stycket 2*. Att endast kontrakt nämns i artikel 72.1 c iii i direktivet får antas vara ett förbiseende.

Successiva ändringar enligt *andra stycket* får inte göras i syfte att kringgå lagen. Detta följer redan av bestämmelsen i 102 § och behöver inte särskilt anges i paragrafen.

119 § *Byte av den leverantör som ursprungligen har tilldelats kontraktet till en annan leverantör är en tillåten ändring om*

1. det inte finns skäl att utesluta den nya leverantören med stöd av 13–19 §§ och denne uppfyller tillämpliga krav för val av leverantörer i den ursprungliga upphandlingen enligt 52–56 §§,

2. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, och

3. omstruktureringarna inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet.

Om den upphandlande myndigheten övertar den ursprungliga leverantörens skyldigheter gentemot leverantörens underleverantörer, ska det också anses vara ett byte av leverantör och en tillåten ändring.

Paragrafen innehåller bestämmelser om byte av leverantörer och genomför artikel 72.1 d i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

Att en leverantör som har tilldelats ett kontrakt kan bytas ut mot en annan leverantör med stöd av en ändringsklausul framgår av 116 §. Detta behöver inte särskilt anges i paragrafen.

Av paragrafen framgår att den endast tar sikte på utbyte av den leverantör som har tilldelats kontrakt. Den gäller sålunda inte för byte av leverantörer som den upphandlande myndigheten har slutit ramavtal med.

En företagsomstrukturering enligt första stycket 2 och 3 får inte göras i syfte att kringgå lagen. Detta följer redan av bestämmelsen i 102 § och behöver inte särskilt anges i paragrafen. I artikel 72.1 d ii i direktivet finns exempel på vad som avses med företagsomstruktureringar. I artikeln anges uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens.

Övriga ändringar som inte är att anse som väsentliga

120 § *En ändring som inte omfattas av bestämmelserna i 115–119 §§ ska ändå anses vara en tillåten ändring om den inte är väsentlig enligt andra stycket.*

En ändring ska anses vara väsentlig om

1. den inför nya villkor i kontraktet som om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen hade medfört att andra anbudssökande bjöds in att delta, att andra anbud blev aktuella att utvärdera eller att ytterligare leverantörer deltog i upphandlingen än de som bjöds in, utvärderades eller deltog i den ursprungliga upphandlingen,

2. den innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet på ett sätt som inte medgavs i det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet,

3. den medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller

4. den innebär att den leverantör som ursprungligen har tilldelats kontraktet byts ut mot en annan leverantör utan att förutsättningarna enligt 119 § är uppfyllda för ett sådant byte.

Paragrafen innehåller bestämmelser om ändringar som är tillåtna om de inte är väsentliga och genomför artikel 72.1 e och 72.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

Beräkning av prisökningar

121 § *Vid beräkningen av priset enligt 115 § andra stycket 2, 117 § första stycket och 118 § första stycket 1 ska det uppdaterade priset vara referensvärdet, om kontraktet omfattar en indexeringsklausul.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om beräkning av prisökningar och genomför artikel 72.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

Offentliggörande

122 § *En upphandlande myndighet ska i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen beskriva de ändringsklausuler som avses i 116 §.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om offentliggörande av ändringsklausuler genomför tillsammans med 116 § artikel 72.1 a i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

123 § *En upphandlande myndighet som ändrar ett kontrakt med stöd av 117 eller 118 § ska offentliggöra detta i ett meddelande i Europeiska unionens officiella tidning.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om offentliggörande av ändringar som en upphandlande myndighet genomför med stöd av 117 och 118 §§ och genomför artikel 72.1 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

Paragrafen bör kompletteras med bestämmelser i förordning om vilka uppgifter ett meddelande ska innehålla (jfr bilaga V del G till direktivet) och om hur den upphandlande myndigheten ska gå till väga för att få till stånd ett offentliggörande av meddelandet i Europeiska unionens officiella tidning.

När det gäller tillvägagångssättet för offentliggörande skiljer sig det inte från det som gäller i allmänhet vid offentliggöranden av

meddelanden. Detta följer av hänvisningen i artikel 72.1 andra stycket i direktivet till artikel 51 i samma direktiv. Ett meddelande ska således sändas till Europeiska unionens publikationsbyrå med hjälp av elektroniska medel.

Avslutande av kontrakt

124 § *En upphandlande myndighet får avsluta ett kontrakt, om*

1 det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 114 § och varan, tjänsten eller byggentreprenaden därför ska upphandlas,

2. den leverantör som tilldelades kontraktet borde ha uteslutits enligt 13 §, eller

3. kontraktet inte borde ha tilldelats en leverantör på grund av att denne allvarligt åsidosatt sådana skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2014/18/EG och detta har fastställts av Europeiska unionens domstol i ett förfarande i enlighet med artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om avslutande av kontrakt och genomför artikel 73 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.4.3.

Formuleringen ”leverantör som tilldelades kontraktet” i *punkten 2* motsvarar ”entreprenören” enligt artikel 73 b i direktivet (jfr ”the contractor” i artikeln i den engelska versionen av direktivet).

Det öppnas här en möjlighet att avsluta ett kontrakt i de fall det visar sig att en leverantör kunde ha uteslutits på grund av sådan brottslighet som avses i 13 §, dvs. sådan som föranleder obligatoriska uteslutande.

Allmänt sett beträffande möjligheten att ändra kontrakt respektive att avsluta kontrakt bör antecknas att det just är fråga om kontrakt som tecknats. Upphandlingsförfarandet är alltså avslutat och således har de förfarandereglerna i upphandlingslagen ingen betydelse. Vad bestämmelserna däremot medför är att den upphandlande myndigheten får besked om vilka ändringar myndigheten kan göra utan att behöva inleda en ny upphandling. Myndigheten får vidare besked om i vilka fall ett avtal borde kunna avslutas i förtid. Det senare har dock inte någon omedelbar upp-

handlingskonsekvens. För den avtalspart som berörs av uppsägningen ger denna inte heller upphov till en upphandlingstvist utan snarare en avtalsrättslig tvist angående i fall det verkligen funnits fog för uppsägningen. Däremot kan det tänkas att ett avslutande av kontrakt i förtid orsakar att ersättningsleverans måste upphandlas och således ett ordinärt upphandlingsförfarande inledas.

Onormalt låga anbud

125 § *En upphandlande myndighet ska förkasta en leverantörs anbud om den finner att priset är onormalt lågt och leverantören inte på ett tillfredsställande sätt kunnat lämna en förklaring till det låga priset.*

En upphandlande myndighet ska vidare förkasta en leverantörs anbud om den finner att priset är onormalt lågt och detta beror på att anbudet inte överensstämmer med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter enligt 103 §.

126 § *Ett anbud får förkastas med stöd av 125 § först sedan myndigheten skriftligen har begärt att leverantören lämnar en förklaring till det låga anbudet och inte har fått ett tillfredsställande svar. En sådan begäran om förklaring kan innehålla uppgifter om*

- 1. leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder att fullgöra kontraktet,*
- 2. leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,*
- 3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av leverantören,*
- 4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på sådana tillämpliga skyldigheter som avses i 103 §,*
- 5. leverantören har fått möjlighet att erhålla statligt stöd, och*
- 6. skyldigheterna som avses i 95–100 §§.*

Paragraferna innehåller bestämmelser om onormalt låga anbud och genomför artikel 69.1–3 i Direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.4.3.

Såvitt artikel 69.1–3 kan förstås har den upphandlande myndigheten en skyldighet att förkasta anbud som den finner vara onormalt låga. Men myndigheten är då skyldig att dessförinnan skriftligen ha begärt en förklaring till det låga anbudet. I 126 § anges några omständigheter som kan undersökas på detta sätt, men det är

fråga om endast exempel. Det står myndigheten fritt att undersöka även omständigheter som inte anges i denna uppräkningslista. Såvitt artikeltexten kan tolkas får ett anbud inte förkastas på angiven grund i fall leverantören på ett tillfredsställande sätt kunnat förklara det låga priset. Det står klart att det är den upphandlande myndigheten som disponerar över handlandet i dessa paragrafer. Det är alltså myndighetens uppfattning om vad som kan vara "onormalt lågt" som utlöser skyldigheten i fråga. Det är också myndighetens uppfattning om och värdering av förklaringen som avgör huruvida anbudet ska förkastas eller inte.

En skyldighet att förkasta ett onormalt lågt anbud uppstår sålunda inte förrän skyldigheten att utreda har fullgjorts. Initialt är det alltså i stället en fråga om en skyldighet att utreda anledningen till det låga anbudet. Först när anledningen inte är tillfredsställande inträder skyldigheten att förkasta anbudet.

Men artikeln innehåller också en annan skyldighet, vilken kommer till uttryck i 125 § *andra stycket*. Artikeltexten synes böra tolkas så att leverantören i och för sig kan lämna en godtagbar förklaring till det låga anbudet. Men om denna förklaring vilar på att leverantören inte uppfyller tillämpliga skyldigheter som avses i artikel 18.2 i direktivet, dvs. 103 § i lagförslaget, inträder skyldigheten att förkasta anbudet. Man kan möjligen uttrycka det så att en förklaring som går ut på att leverantören avviker från vad som följer av artikel 18.2 i direktivet aldrig kan rättfärdiga ett onormalt lågt anbud, som alltså ska förkastas.

Det bör här också anmärkas att det åligger en upphandlande myndighet att visa att ett anbud är onormalt lågt. I de mer uppenbara fallen torde det vara en enkel åtgärd för myndigheten att initialt hänvisa till vad som är onormalt i branschen i fråga. Därefter får det ankomma på leverantören att som motbevisning åberopa utredning som förklarar varför just det aktuella anbudet inte ska anses vara onormalt lågt.

I övrigt motsvarar paragrafen med tillägg för de bestämmelser som genomför artikel 69.2 e och 69.3 *andra stycket* i direktivet nuvarande 12 kap. 3 § LOU.

127 § *Om en upphandlande myndighet fastställer att ett anbud är onormalt lågt på grund av att leverantören fått ett statligt stöd ska myndigheten ge leverantören en möjlighet att inom skälig tid visa att stödet är förenligt med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).*

Om leverantören efter en sådan åtgärd som avses i första stycket inte kunnat ge in en förklaring som visar att stödet i fråga är förenligt med EUF-fördraget ska anbudet förkastas.

En upphandlande myndighet som förkastar ett anbud med stöd av andra stycket ska underrätta Europeiska kommissionen om det.

Paragrafen innehåller bestämmelser om onormalt låga anbud på grund av att statligt stöd och genomför artikel 69.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.4.3.

Artikel 69.4 i direktivet innehåller särregler för hur ett onormalt lågt anbud ska hanteras ifall den upphandlande myndigheten fastställer att det låga anbudet beror på ett statligt stöd som leverantören erhållit. Det är inte fråga om någon skillnad i förhållande till skyldigheten enligt de övriga punkterna i artikeln, att förkasta ett onormalt lågt anbud. Däremot måste artikel 69.4 uppfattas så att myndigheten inte får förkasta ett anbud enbart på grund av att ett statligt stöd erhållits, utan att dessförinnan ha utrett det statliga stödets förenlighet med EUF-fördraget. Detta ska enligt artikeln göras "i samråd" med leverantören, vilket utredningen uppfattar som ett krav på myndigheten att t.ex. genom skriftväxling begära att leverantören ger in en utredning som innehåller en beskrivning av stödet och dess förenlighet med EUF-fördraget. Om myndigheten övertygas av denna förklaring ska anbudet givetvis inte förkastas med anledning av det statliga stödet eftersom förklaringen godtagits. Om myndigheten däremot inte låtit sig övertygas inträder samma skyldighet som enligt övriga punkter i artikeln, dvs. att anbudet ska förkastas.

När ett anbud förkastats på enbart denna grund ska enligt artikeltexten kommissionen underrättas om detta förhållande. Enligt utredningens mening förefaller det inte rimligt att detta krav ska anses gälla bara om förkastandet sker "enbart" på denna grund. Det bör rimligen finnas behov för kommissionen att få vetskap om fastställt oförenliga stöd även om den omständigheten varit en av flera grunder för myndigheten att bedöma anbudet onormalt lågt.

I *första stycket* anges att myndigheten ska utreda ett statligt stöds förenlighet med fördraget efter det att den "fastställt" att ett stöd uppburits. Det anges inte i artikeln närmare vad som menas med att denna omständighet ska fastställas. Eftersom det är fråga om en information som utlöser en utredningsskyldighet anser utredningen att det är rimligt att antaga att avsikten inte är att det ska krävas något mer omfattande eller exakt underlag för denna

”fastställelse”. Tvärtom verkar det rimligare att tänka sig att det kan räcka med att det i anbudet kan finnas någon anteckning om att ett stöd erhållits eller att detta har framkommit på annat sätt. Det är därför utredningen uppfattning att det i detta inledande skede är tillräckligt att det finns någon form av grundad anledning för myndigheten att fastställa förekomsten av ett statligt stöd. Med anledning av att denna ”fastställelse” utlöser en utredningsskyldighet ligger det alltså närmare till hands att tänka sig att utredningsskyldigheten skulle utlösas av att myndigheten har en rimligt grundad anledning att misstänka förekomsten av ett sådant stöd, men utredningen har likväl valt att använda artikelns begrepp vid genomförandet.

Av *andra stycket* framgår att det är leverantören som har att besvara de frågor som myndigheten ställt enligt första stycket och som alltså har att förklara karaktären av stödet och dess förenlighet med EUF-fördraget. Även om det inte anges särskilt i artikeln är det tänkbart att myndigheten vill ha kompletterande information. Det uppställs inga hinder för att utredningen då fortsätter och alltså kan bestå av ytterligare skriftväxling. Det finns i och för sig inte heller några hinder mot att information inhämtas muntligen, men eftersom det är fråga om att inhämta utredning av en fråga som kan sluta med att myndigheten är skyldig att förkasta anbudet kan den slutsatsen dras att det är lämpligt att utredningen sker skriftligt. Andra stycket innefattar således det samråd som nämns i artikeln i den meningen att stödet och dess karaktär utreds myndigheten och leverantören emellan genom skriftväxlingen. Andra stycket innehåller också den skyldighet som gäller i övrigt för onormalt låga anbud, nämligen skyldigheten för myndigheten att förkasta anbudet om leverantören inte kunnat visa att det ifrågasatta stödet kunnat förklaras på i artikeln avsett sätt.

I *tredje stycket* anges att myndigheten ska underrätta kommissionen om sin åtgärd att förkasta på angiven grund. Som inledningsvis sagts gäller denna skyldighet enligt artikeln när förkastandet grundas enbart på det statliga stödets oförenlighet med EUF-fördraget. Men som inledningsvis angetts i denna kommentar ser utredningen inget hinder mot att en sådan underrättelse skickas oavsett om förkastandet skett enbart på den grunden eller på också andra grunder. Men som artikeln och utredningens genomförande av den är formulerade gäller denna underrättelseskyldighet endast om förkastandet vilar på enbart den grunden att statsstödet inte kunnat förklaras på angivet sätt.

128 § *För det fall att myndigheten behöver information från annan medlemsstat om uppgifter som lämnas i en förklaring enligt 126 §, ska myndigheten vända sig till den kontaktpunkt som avses i 88 § för sådant administrativt bistånd.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om administrativt bistånd och genomför artikel 69.5 i Direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.4.3.

Paragrafen hänvisar till bestämmelserna om administrativt bistånd från den myndighet som har utsetts till kontaktpunkt med stöd av 88 §. Kontaktpunkten ska bistå dels svenska upphandlande myndigheter, dels upphandlande myndigheter från andra länder.

Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Som framgått har det bedömts ingå i utredningens uppdrag att överväga innehållet i flera av de paragrafer som ska ingå i kapitlet ”Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om offentlig upphandling. Utgångspunkterna och metoden för utredningens uppdrag i denna del framgår av avsnittet Överföring av texter som inte styrs av direktiven i avsnitt 1.3.2. Nedanstående paragrafer, 129–140 §§, har utformats i enlighet med denna metod.

När det gäller de inledande allmänna hänvisningarna i det ovan nämnda kapitlet har utredningen i enlighet med den valda metoden bedömt att bestämmelserna i 35–43 och 45–50 §§ inte bör tillämpas vid upphandlingar enligt kapitlet i fråga.

Kommunikationsmedel vid offentlig upphandling

129 § *Bestämmelserna i 2–11 §§ och 12 § första stycket gäller för anbudsansökningar och anbud vid offentlig upphandling som avses i detta kapitel.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om kommunikationsmedel vid offentlig upphandling enligt kapitlet ”Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om offentlig upphandling. Genom paragrafen görs 2–11 §§ och 12 § första stycket tillämpliga.

Mottagande och öppnande av anbud

130 § *Försändelser med anbud ska, så snart som möjligt efter anbuds- tidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten ska delta. Anbudena ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som utsetts av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.*

Anbudena ska öppnas samtidigt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om mottagande och öppnande av anbud vid offentlig upphandling enligt kapitlet ”Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om offentlig upphandling. Paragrafen motsvarar nuvarande 15 kap. 11 § LOU.

Komplettering, förtydligande och färdigställande av information och dokumentation som ska lämnas av leverantörer i en upphandling

131 § *Om den information eller dokumentation som ska lämnas av leverantörerna är eller verkar vara ofullständig eller felaktig eller om dokument saknas, får den upphandlande myndigheten begära att en eller flera leverantörer kompletterar, förtydligar eller färdigställer relevant information eller dokumentation.*

Åtgärderna enligt första stycket ska vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om komplettering, förtydligande och färdigställande av information och dokumentation som ska lämnas av leverantörer i en upphandling enligt kapitlet ”Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om offentlig upphandling. Paragrafen motsvarar 51 §.

Kontroll och uteslutning av leverantörer

132 § *En leverantör ska uteslutas från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 13§.*

En leverantör får uteslutas enligt 14 och 15 §§.

När en fråga om uteslutning utreds ska 64–66 §§ tillämpas.

En upphandlande myndighet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första–tredje styckena ska i något av upphandlingsdokumenten eller skrivelsen ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

133 § *Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende skatter eller socialförsäkringsavgifter i Sverige enligt 14 § ska den upphandlande myndigheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.*

Paragraferna innehåller bestämmelser om kontroll och uteslutning av leverantörer vid upphandling enligt kapitlet ”Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om offentlig upphandling. Paragraferna motsvarar nuvarande 15 kap. 13 och 13 a §§ LOU.

Begränsad kontroll

134 § *En upphandlande myndighet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.*

I ett förenklat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som myndigheten avser tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt X §²⁶.

²⁶ Bestämmelserna som motsvarar nuvarande 15 kap. 19 § LOU.

I ett urvalsförfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

Paragrafen innehåller bestämmelser om begränsad kontroll vid upphandling enligt kapitlet ”Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om offentlig upphandling. Paragrafen motsvarar nuvarande 15 kap. 13 b § LOU.

Tillgång till andra företags kapacitet

135 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillgång till andra företags kapacitet vid upphandling enligt kapitlet ”Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om offentlig upphandling. Paragrafen motsvarar nuvarande 15 kap. 15 a § LOU.

Tilldelning av kontrakt

136 § En upphandlande myndighet ska tilldela ett kontrakt den leverantör vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska utvärderas på grundval av antingen

- 1. pris eller*
- 2. kostnad.*

Vid en utvärdering enligt andra stycket 2, ska myndigheten ta hänsyn till tilldelningskriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet.

137 § När ett anbud ska utvärderas på grundval av kostnad enligt 136 § andra stycket 2, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes.

Kriterier får viktas av myndigheten enligt första stycket inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om kriterierna inte är möjliga att vikta, ska myndigheten i stället ta hänsyn till dem genom en fallande prioritetsordning.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur tilldelningskriterierna ska viktas inbördes.

Paragraferna innehåller bestämmelser om tilldelning av kontrakt vid upphandling enligt kapitlet "Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster" i den nya lagen om offentlig upphandling. Paragraferna motsvarar 78, 85 och 86 §§.

Onormalt låga anbud

138 § En upphandlande myndighet ska förkasta en leverantörs anbud om den finner att priset är onormalt lågt och leverantören inte på ett tillfredsställande sätt kunnat lämna en förklaring till det låga priset.

En upphandlande myndighet ska vidare förkasta en leverantörs anbud om den finner att priset är onormalt lågt och detta beror på att anbudet inte överensstämmer med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter enligt 103 §.

Ett anbud får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar.

Paragrafen innehåller bestämmelser om onormalt låga anbud vid upphandling enligt kapitlet "Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster" i den nya lagen om offentlig upphandling. Paragrafen motsvarar 125 § och 126 § första meningen.

Dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar

139 § En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Första stycket gäller inte om upphandlingens värde överstiger 100 000 kr.

140 § När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, upprättad individuell rapport, sådana dokument som avses i 139 § och liknande dokument.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Paragraferna innehåller bestämmelser om dokumentation, under rättelse och förvaring av handlingar vid upphandling enligt kapitlet ”Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet samt offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om offentlig upphandling. Bestämmelserna i 139 § motsvarar de i 93 §. Beloppsgränsen i 139 § motsvarar den i nuvarande 15 kap. 18 § LOU. Bestämmelserna i 140 § motsvarar de i 94 c §. Paragraferna motsvarar 78, 85 och 86 §§.

*Bilaga***Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster**

CPV-kod	Beskrivning
75200000-8, 75231200-6, 75231240-8, 79611000-0, 79.62.2000-0 [Tillhandahållande av hemtjänstpersonal]. 79624000-4 [Förmedling av vårdpersonal] och 79625000-1 [Förmedling av läkare]. Från 85000000-9 till 85323000-9, 98133100-5, 98133000-4, 98200000-5, 98500000-8 [Privata hushåll med anställd personal] och 98513000-2 till 98514000-9 [Arbetskrafttjänster för hushåll, Bemanningstjänster för enskilda, Tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, kontorspersonal för enskilda, Tillfällig personal för hushåll och Hemtjänst].	Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster
85321000-5 and 85.32.2000-2, 75000000-6 [Offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster]. 75121000-0, 75122000-7, 75124000-1, från 79995000-5 till 79995200-7, från 80000000-4 Undervisning och utbildning till 80660000-8, från 92000000-1 till 92700000-8. 79950000-8 [Tjänster för organisering av utställningar, mässor och kongresser], 79951000-5 [Organisering av seminarier], 79952000-2 [Evenemang], 79952100-3 [Anordnande av kulturevenemang], 79953000-9 [Festivalarrangemang], 79954000-6 [Festarrangemang], 79955000-3 [Anordnande av modevisningar], 79956000-0 [Anordnande av mässor och utställningar].	Administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration, hälsovårdsförvaltning och administration avseende kultur
75300000-9	Obligatorisk socialförsäkring
75310000-2, 75311000-9, 75.31.200-6, 75313000-3, 75313100-4, 75314000-0, 75320000-5, 75330000-8, 75340000-1	Bidragstjänster
98000000-3, 98120000-0, 98132000-7, 98133110-8 och 98130000-3	Andra samhälleliga och personliga tjänster, inklusive fackföreningstjänster, tjänster utförda av politiska organisationer, tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer och andra medlemsorganisationstjänster
98131000-0	Tjänster i samband med religionsutövande

55100000-1 till 55410000-7, 55521000-8 till 55521200-0 [55521000-8 Catering för privata hushåll, 55521100-9 Hemkörning av mat, 55521200-0 Måltidsleveranser]. 55520000-1 Catering, 55522000-5 Catering för transportföretag, 55523000-2 Catering för övriga företag eller övriga institutioner, 55524000-9 Skolbespisning, 55510000-8 Matsalstjänster, 55511000-5 Matsalstjänster och övrig kafeteriaverksamhet för särskild kundgrupp, 55512000-2 Drift av matsal, 55523100-3 Servering av skolmåltider.	Hotell- och restaurangtjänster
79100000-5 till 79140000-7, 75231100-5	Juridiska tjänster
75100000-7 till 75120000-3, 75123000-4, 75125000-8 till 75131000-3	Övrig statsförvaltning och statliga tjänster
75200000-8 till 75231000-4	Samhällstjänster
75231210-9 till 75231230-5, 75240000-0 till 75252000-7, 794300000-7, 98113100-9	Fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster
79700000-1 till 79721000-4 [Undersöknings- och säkerhetstjänster, Säkerhetstjänster, Larmövervakningstjänster, Vaktjänster, Övervakningstjänster, Eftersökning, Uppspårning av försvunna, Patrullering, Utfärdande av id-kort, Utredning och Detektivtjänster] 79722000-1[Grafologi], 79723000-8 [Avfallsanalys].	Undersöknings- och säkerhetstjänster
98900000-2 [Tjänster tillhandahållna av exterritoriala organisationer och organ] och 98910000-5 [Särskilda tjänster för internationella organisationer och organ].	Internationella tjänster
64000000-6 [Post- och telekommunikationstjänster], 64100000-7 [Post- och budtjänster], 64110000-0 [Postgång], 64111000-7 [Posttjänster för tidningar och tidskrifter], 64112000-4 [Posttjänster för brev], 64113000-1 [Posttjänster för paket], 64114000-8 [Postkassörstjänster], 64115000-5 [Förhyring av postbox], 64116000-2 [Poste restante-tjänster], 64122000-7 [Internpost].	Posttjänster
50116510-9 [Regummering av däck], 71550000-8 [Smedtjänster].	Diverse tjänster

Kommentar till bilagan

Bilagan innehåller en uppräkningslista av de sociala tjänster och andra särskilda tjänster som enligt 87 § 1 får upphandlas enligt bestämmelserna i kapitlet Offentlig upphandling som inte omfattas av direktivet. Bilagan genomför bilaga XIV till direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.3.

När den nuvarande lagen om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2008 (prop. 2007/08:128, bet. 2007/08:FiU7, rskr. 2007/08:31) innehöll bilagorna till lagen avseende A- och B-tjänster hänvisningar till fullständiga CPV-referensnummer. Hänvisningstekniken i bilagorna till lagen ändrades genom en reform år 2011 (prop. 2010/11:150, bet. 2011/12:FiU8, rskr. 2011/12:4). Sedan den 1 november 2011 finns det sålunda inte några hänvisningar till fullständiga CPV-referensnummer i bilagorna. I de aktuella bilagorna, bilagorna 2 och 3 till nuvarande LOU, identifieras tjänsterna i fråga i stället genom en beskrivning av tjänsten och en angivelse av tjänstens kategori. Dessa beskrivningar och kategorier får sitt närmare innehåll genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV). Som framgår av upplysningsbestämmelsen i nuvarande 1 kap. 2 § femte stycket LOU tillkännager regeringen CPV-referensnummer för A- och B-tjänster i Svensk författningssamling. (Motiven till ändringarna framgår av prop. 2010/11:150 s. 329.)

Mot bakgrund av utredningens förslag på hur artiklarna 74–76 i direktivet ska genomföras skulle den i nuvarande lag använda hänvisningstekniken även kunna användas i den nya lagen om offentlig upphandling. Ett sådant genomförande av bilaga XIV till direktivet skulle dock avvika från den av utredningen i övrigt anlidade metoden att så långt möjligt genomföra direktivets bestämmelser genom direktivnära föreskrifter. Enligt utredningens mening finns det på denna punkt inte något vägande skäl för ett sådant avsteg från genomförandemetoden. Bilagan bör således innehålla hänvisningar till fullständiga CPV-referensnummer. Det kan därvid noteras att en sådan ordning synes ligga väl i linje med rekommendationen i skäl 119 i LOU-direktivet att samtliga relevanta poster inom CPV-nomenklaturen bör anges.

Hänvisningarna i bilaga XIV till direktivet till artikel 10 d och 10 h i direktivet framstår dock som överflödiga. Detsamma gäller noten i bilagan. Bilagan till lagförslaget bör således inte innehålla någon

hänvisning till de bestämmelser som genomför nämnda artikel eller någon not som motsvarar den i bilagan till direktivet.

Avslutningsvis bör här antecknas att det i och för sig förefaller inte vara nödvändigt att fullständiga CPV-referensnummer anges i bilagan. Vilken metod som slutligen kommer att användas är beroende av vilket ställningstagande som görs när motsvarande fråga uppkommer på andra håll i de kommande lagarna och av hur uttalandena i skäl 119 i LOU-direktivet bör tolkas.

14.2 Bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Reserverade kontrakt

1 § *En upphandlande enhet får*

1. reservera deltagandet i en upphandling för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer, eller

2. föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning, om minst 30 procent av arbetstagarna i sådana verkstäder, hos sådana leverantörer eller i sådana program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

När en upphandlande enhet avser att reservera ett kontrakt enligt första stycket, ska den i annonsen enligt X kap²⁷ ange att upphandlingen ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverade kontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om reserverade kontrakt och genomför artikel 38 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.3.4.

För kommentar i övrigt se 1 § i avsnitt 14.1.

²⁷ Kapitlet Annonsering av upphandling.

Kommunikation med hjälp av elektroniska medel

Kommunikation mellan en upphandlande enhet och leverantörer

2 § En upphandlande enhet ska se till att elektroniska medel används så långt det är möjligt vid kommunikation under en upphandling enligt denna lag.

3 § Användningen av elektroniska medel vid kommunikation ska vara icke-diskriminerande och inte begränsa leverantörernas tillträde till en upphandling.

De elektroniska medlen ska vara allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som används i allmänhet.

Paragraferna innehåller bestämmelser om kommunikation till och från en upphandlande enhet med hjälp av elektroniska medel och genomför tillsammans med 4 § artikel 40.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

För kommentar i övrigt se 2 och 3 §§ i avsnitt 14.1

Leverantörers kommunikation med en upphandlande enhet

4 § En upphandlande enhet ska anvisa elektroniska medel som leverantörer ska använda när de kommunicerar med enheten. Leverantörerna ska vid kommunikationen använda de elektroniska medel som enheten har anvisat.

De anvisade elektroniska medlen enligt första stycket ska uppfylla kraven enligt 3 §, om inte annat följer av 8 §.

Bestämmelser om undantag från första stycket finns i 5–7 §§.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kommunicering av uppgifter och viljeytringar från leverantörer till en upphandlande enhet och genomför tillsammans med 2 och 3 §§ artikel 40.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

För kommentar i övrigt se 4 § i avsnitt 14.1.

5 § En upphandlande enhet är inte skyldig att anvisa elektroniska medel för kommunikation enligt 4 § om

1. en användning av sådana medel på grund av en upphandlings specialiserade beskaffenhet kräver särskilda utrustningar eller filformat

som inte är allmänt tillgängliga eller som inte stöds av allmänt tillgängliga applikationer,

2. de filformat som är lämpliga för beskrivningen av ett anbud inte kan användas med någon annan applikation än en som

a) inte är öppen eller allmänt tillgänglig, eller

b) omfattas av en licensordning och inte kan göras tillgänglig genom nedladdning eller direktanslutning för enheten,

3. en användning av sådana medel kräver specialiserad kontorsutrustning som inte är allmänt tillgänglig för enheten, eller

4. det enligt upphandlingsdokumenten krävs att leverantörerna lämnar in fysiska modeller till enheten.

Om enheten inte anvisar något elektroniskt medel för kommunikation i en upphandling för delar av eller hela kommunikationen enligt första stycket, ska motsvarande delar av eller hela kommunikationen genomföras med andra medel än elektroniska.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel enligt 4 § och genomför artikel 40.1 andra och tredje styckena i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

För kommentar i övrigt se 5 § i avsnitt 14.1.

6 § *En upphandlande enhet får göra undantag från 4 § och anvisa andra medel än elektroniska för kommunikation på grund av informationssäkerhetsbrister hos enheten eller om kommunikationen rör uppgifter av särskilt känslig natur.*

Undantag enligt första stycket får göras endast i den utsträckning det är nödvändigt för att uppnå tillräckligt skydd mot att uppgifterna röjs obehörigen och detta inte kan uppnås genom användning av elektroniska medel som

1. är allmänt tillgängliga för leverantörer eller

2. kan göras tillgängliga för leverantörer genom alternativa medel för kommunikation enligt 8 §.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel enligt 4 § och genomför artikel 40.1 fjärde stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

För kommentar i övrigt se 6 § i avsnitt 14.1.

7 § Utan hinder av skyldigheten att anvisa elektroniska medel får enheten kommunicera muntligt, om det är lämpligt och kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen samt enheten dokumenterar uppgifterna från den muntliga kommunikationen, om de har betydelse för handläggningen av upphandlingen.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel enligt 4 § och genomför artikel 40.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

För kommentar i övrigt se 7 § i avsnitt 14.1.

8 § En upphandlande enhet får vid behov anvisa ett elektroniskt medel trots att det kräver användning av sådan utrustning att medlet inte är att anse som allmänt tillgängligt. Om enheten anvisar ett sådant medel, ska den erbjuda lämpliga alternativa elektroniska medel för kommunikation.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från kravet att det anvisade elektroniska medlet ska vara allmänt tillgängligt och genomför artikel 40.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

För kommentar i övrigt se 8 § i avsnitt 14.1.

Information om användning av elektroniska medel

9 § En upphandlande enhet ska se till att information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling, ska finnas tillgänglig för alla berörda parter.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandlande enhet ska lämna vissa för användningen av elektronisk medel nödvändiga uppgifter och genomför artikel 40.6 första stycket a i direktivet. Paragrafen motsvarar nuvarande 9 kap. 3 § första stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

För kommentar i övrigt se 9 § i avsnitt 14.1.

Krav på den utrustning som används vid elektronisk överföring och mottagning

10 § *En upphandlande enhet får kräva att en anbudsansökan eller ett anbud ska vara försedd med en avancerad elektronisk signatur enligt lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer, om det behövs.*

Enhetsen ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa tid och dag för mottagande av anbudsansökningar och anbud samt ritningar och planer i projekttävlingar. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att vissa uppgifter går att få fram, att bara behöriga personer ska få tillgång till uppgifterna och att det ska gå att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

De åtgärder som en enhet vidtar i olika faser av kommunikationen för att tillse att hanteringen blir tillräckligt säker, ska stå i proportion till de risker som har identifierats i respektive fas.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om säkerhetsanordningar i fråga om mottagandet av anbudsansökningar och anbud samt ritningar och planer i projekttävlingar.

Paragrafen innehåller bestämmelser om åtgärder för att trygga en säker hantering av vissa uppgifter i en upphandling och genomför artikel 40.6 första stycket b och c i direktivet och, tillsammans med 12 §, bilaga V till direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

För kommentar i övrigt se 10 § i avsnitt 14.1.

Uppgifter från leverantörer ska bevaras säkert

11 § *Uppgifter som har lämnats vid kommunikation under en upphandling ska bevaras säkert.*

Paragrafen innehåller en bestämmelse om säker bevaring av uppgifter vid kommunikation och genomför, tillsammans med 12 §, artikel 40.3 i direktivet. Paragrafen motsvarar nuvarande 9 kap. 6 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

För kommentar i övrigt se 11 § i avsnitt 14.1.

Öppnande av anbud

12 § *En upphandlande enhet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudet förrän tidsfristen för att komma in med anbudsansökan respektive anbud har gått ut.*

Försändelser med anbud ska, samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande enheten ska delta. Anbudet ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en av en handelskammare utsedd person närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandlande enhet inte får ta del av anbudsansökningar och anbud före en viss tidpunkt och om förrättningen när enheten tar del av anbud. Paragrafen genomför, tillsammans med 11 §, artikel 40.3 i direktivet och, tillsammans med 10 §, bilaga V till direktivet. Paragrafen motsvarar nuvarande 9 kap. 7 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 3.5.3.

För kommentar i övrigt se 12 § i avsnitt 14.1.

Innovationspartnerskap

Förfarandets grundläggande struktur

13 § *Ett innovationspartnerskap är ett förfarande i två steg. I det första steget ansöker intresserade leverantörer om att få delta i förfarandet. I det andra steget bjuds kvalificerade anbudssökande in att delta som partner och att lämna anbud.*

I innovationspartnerskapet ingår den upphandlande enheten avtal, partnerskapsavtal, med en eller flera deltagande partner om att utveckla en innovativ lösning i form av en vara, tjänst eller byggentreprenad. Partnerskapsavtalet syftar till att enheten ska anskaffa den utvecklade lösningen. Produkten i fråga anskaffas genom att en partner tilldelas kontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om ett innovationspartnerskaps grundläggande struktur och genomför, tillsammans med 23 §, artikel 49.1 tredje stycket och, tillsammans med 20 §, artikel 49.2 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

För kommentar i övrigt se 20 § i avsnitt 14.1.

14 § *En upphandlande enhet som har valt att upphandla genom ett innovationspartnerskap ska se till att förfarandet, särskilt varaktigheten av och värdet på de olika etapperna enligt 17 §, avspeglar graden av innovation hos lösningen och de forsknings- och innovationsverksamheter som krävs för att utveckla en innovativ lösning som ännu inte finns tillgänglig på marknaden. Det uppskattade värdet av anskaffningen av den utvecklade produkten i form av varor, tjänster eller byggtreprenader får inte vara oproportionerligt i förhållande till investeringarna i deras framtagande.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om proportionalitet avseende strukturen på ett partnerskap och resultatet av ett innovationspartnerskap och genomför artikel 49.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

För kommentar i övrigt se 21 § i avsnitt 14.1.

När förfarandet får användas

15 § *En upphandlande enhet får använda ett innovationspartnerskap, om den har behov av en innovativ vara, tjänst eller byggtreprenad och om kravet enligt andra stycket är uppfyllt.*

Det behov som avses i första stycket ska inte kunna tillgodoses genom en vara, tjänst eller byggtreprenad som redan finns tillgänglig på marknaden.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav på upphandlingsföremålet som ska vara uppfyllda för att förfarandet ska få tillämpas. Paragrafen genomför bestämmelserna om krav på upphandlingsföremålet i artikel 49.1 andra stycket första meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

För kommentar i övrigt se 22 § i avsnitt 14.1.

Partnerskapet

16 § *De anbudssökande som har bjudits in att delta i partnerskapet ska till den upphandlande enheten lämna in en beskrivning av det forsknings- och innovationsprojekt som syftar till att tillgodose de behov som enligt enheten inte kan tillgodoses genom en vara, tjänst eller byggtreprenad som redan finns tillgänglig på marknaden.*

En beskrivning enligt första stycket får lämnas in endast av de anbudssökande som har bjudits in att delta i partnerskapet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om beskrivningar av forsknings- och innovationsprojekt och genomför artikel 49.6 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

För kommentar i övrigt se 23 § i avsnitt 14.1.

17 § Utvecklingen av den innovativa lösningen enligt partnerskapsavtalet ska delas upp i successiva etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen. De successiva etapperna får inkludera tillverkningen av varorna, tillhandahållandet av tjänsterna eller slutförandet av byggentreprenaderna.

Partnerskapsavtalet ska innehålla regler om delmål som partnern eller parterna ska uppfylla och om utbetalning av ersättning genom lämpliga delbetalningar.

18 § Enheten får efter varje avslutad etapp enligt 17 § besluta att avsluta partnerskapet eller minska antalet partner i detta, om den i upphandlingsdokumenten har angett att och på vilka villkor den kan komma att utnyttja denna möjlighet.

Enheten ska fatta ett beslut enligt första stycket mot bakgrund av i vilken utsträckning delmålen enligt 17 § andra stycket har uppfyllts.

Paragraferna innehåller bestämmelser om successiva etapper och delmål i ett partnerskap inom ramen för förfarandet innovationspartnerskap och genomför artikel 49.2 andra och tredje styckena i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

För kommentar i övrigt se 24 och 25 §§ i avsnitt 14.1.

Förhandlingar

19 § Enheten ska i syfte att förbättra anbuden förhandla med den eller de anbudssökande som har bjudits in att delta som partner och att lämna anbud i innovationspartnerskapet.

Förhandlingarna får inte föras angående minimikrav, tilldelningskriterier eller det slutliga anbudet.

För förhandlingar i ett innovationspartnerskap gäller bestämmelserna enligt X §²⁸.

²⁸ Bestämmelserna som genomför artikel 47 i direktivet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om förhandling beträffande de anbud som lämnas i ett innovationspartnerskap och genomför artikel 49.3, 49.4 första stycket och 49.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

I likhet med motsvarande bestämmelse i den nya lagen om offentlig upphandling (se 26 § i avsnitt 14.1), ska förhandlingar i ett innovationspartnerskap genomföras enligt vissa av bestämmelserna för förhandlat förfarande. Detta framgår av paragrafens tredje stycke.

För kommentar i övrigt se 26 § i avsnitt 14.1.

20 § *Enheten får avstå från att anskaffa den genom innovationspartnerskapet utvecklade varan, tjänsten eller byggtreprenaden, när den inte motsvarar överenskomna prestandanivåer eller maxkostnader.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om en upphandlande enhets rätt att avstå från att anskaffa den produkt som har utvecklats genom partnerskapet. Paragrafen genomför tillsammans med 13 § artikel 49.2 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

För kommentar i övrigt se 27 § i avsnitt 14.1.

Anbudsansökningar och val av anbudssökande

21 § *När en upphandlande enhet avser att upprätta ett innovationspartnerskap, ska enheten ge leverantörerna möjlighet att delta genom att annonsera enligt X kap.²⁹ och i annonsen ange en bestämd ansökningstid.*

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange

- 1. behovet av en innovativ produkt som inte kan tillgodoses genom en vara, tjänst eller byggtreprenad som redan finns tillgänglig på marknaden,*
- 2. vilka delar i beskrivningen av det som ska upphandlas som är minimikrav som ska uppfyllas av alla anbud, och*
- 3. vilken ordning som ska tillämpas för den immateriella äganderätten.*

I 18 § finns ytterligare bestämmelser om vilka uppgifter som ska lämnas i upphandlingsdokumenten.

²⁹ Kapitlet Annonsering av upphandling.

Paragrafen innehåller bestämmelser om anbudsansökningar. Paragrafen genomför dels artikel 49.1 första stycket i direktivet, dels bestämmelserna om vilken information som ska lämnas i upphandlingsdokumenten enligt artikel 49.1 andra stycket, 49.2 tredje stycket, 49.5 och 49.6 tredje stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

I *tredje stycket* finns en upplysning om att 18 § innehåller ytterligare bestämmelser om vilka uppgifter som ska lämnas i upphandlingsdokumenten. I artikel 47 i direktivet, som innehåller bestämmelser om förhandlat förfarande med föregående anbudsinfordran, finns inte några regler om vilka uppgifter som ska lämnas i upphandlingsdokumenten. I tredje stycket hänvisas därför inte till bestämmelserna i artikel 47 i direktivet (jfr 28 § tredje stycket i avsnitt 14.1 som hänvisar till vissa av bestämmelserna avseende förhandlat förfarande under konkurrens).

För kommentar i övrigt se 28 § i avsnitt 14.1.

22 § Uppgifterna enligt 21 § andra stycket 1 ska vara tillräckligt precisa för att leverantörerna ska kunna bedöma den efterfrågade lösningens art och räckvidd och kunna ta ställning till om de ska ansöka om att få delta i förfarandet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kvaliteten på de uppgifter som ska lämnas i upphandlingsdokumenten och genomför artikel 49.1 andra stycket tredje meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

För kommentar i övrigt se 29 § i avsnitt 14.1.

23 § En leverantör som deltar som partner i ett innovationspartnerskap ska bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.

Vid valet av anbudssökande ska enheten särskilt tillämpa krav som avser leverantörers kapacitet i fråga om forskning och utveckling och att utveckla och genomföra innovativa lösningar.

Paragrafen innehåller bestämmelser om val av anbudssökande och genomför, tillsammans med 13 §, artikel 49.1 tredje stycket och 49.6 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

För kommentar i övrigt se 30 § i avsnitt 14.1.

24 § *Fristen för att komma in med en anbudsansökan bör vara minst 30 dagar, dock aldrig kortare än 15 dagar, från den dag då annonsen enligt X kap.³⁰ skickades för publicering.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och genomför artikel 49.1 fjärde stycket första meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Enligt paragrafen bör tidsfristen för att komma in med en anbudsansökan inte vara kortare än 30 dagar. Det finns dock en möjlighet att bestämma en så kort tidsfrist som 15 dagar. Att 30 dagar är huvudregel följer av att tidsfristen enligt artikel 49.1 fjärde stycket i direktivet ”ska i regel vara minst 30 dagar”. Ytterst är det dock förhållandena vid varje enskild upphandling som styr om tidsfristen kan bestämmas till de kortaste tiderna enligt paragrafen. I många fall torde det vara påkallat med längre frister.

Inbjudan att delta i partnerskapet och lämna anbud

25 § *Bestämmelser om begränsning av antalet anbudssökande som ska bjudas in att lämna anbud finns i 48 §.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandlande enhet kan begränsa antalet anbudssökande som ska bjudas in att lämna anbud och genomför artikel 49.1 fjärde stycket tredje meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

Paragrafen hänvisar till bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande som gäller för tvåstegsförfarandena. Som framgår av 48 § får antalet anbudssökande inte minskas så att konkurrensen inte blir tillräcklig.

För kommentar i övrigt se 32 § i avsnitt 14.1.

26 § *Endast de anbudssökande som enheten bjuder in får delta i partnerskapet och lämna anbud.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att endast inbjudna anbudssökande får delta i partnerskapet och lämna anbud och genomför artikel 49.1 fjärde stycket andra meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

För kommentar i övrigt se 33 § i avsnitt 14.1.

³⁰ Kapitlet Annonsering av upphandling.

Utvärdering av anbud

27 § Vid innovationspartnerskap får ett anbud inte utvärderas på grundval av pris enligt 71 § andra stycket 1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att grunden pris för utvärdering enligt 71 § andra stycket 1 inte kan användas vid ett innovationspartnerskap. Paragrafen genomför artikel 49.1 fjärde stycket fjärde meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.2.3.

För kommentar i övrigt se 34 § i avsnitt 14.1.

Gränsöverskridande gemensam upphandling

28 § En upphandlande enhet får vid gränsöverskridande gemensam upphandling använda metoderna enligt 29–37 §§.

Valet av metod får inte göras i syfte att kringgå med EU-rätten förenliga tvingande nationella föreskrifter.

Paragrafen innehåller bestämmelser om gränsöverskridande gemensam upphandling och genomför artikel 57.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

För kommentar i övrigt se 35 § i avsnitt 14.1.

Metod:1: inköpscentraler i andra medlemsstater

29 § En upphandlande enhet får använda centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral som är belägen i en annan medlemsstat än den där enheten har sin hemvist.

Paragrafen innehåller bestämmelser om gränsöverskridande gemensam upphandling med hjälp av inköpscentraler och genomför artikel 57.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

För kommentar i övrigt se 36 § i avsnitt 14.1.

30 § Vid gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 29 §, ska bestämmelserna i den medlemsstat som inköpscentralen är belägen i tillämpas.

Den medlemsstats bestämmelser som är tillämpliga enligt första stycket ska också tillämpas om en upphandlande enhet

1. tilldelar ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral enligt första stycket, eller
2. genomför en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral enligt första stycket.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillämpliga bestämmelser vid gränsöverskridande gemensam upphandling med hjälp av inköpscentraler och genomför artikel 57.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

För kommentar i övrigt se 37 § i avsnitt 14.1.

Metod 2: gemensamma upphandlingsåtgärder

31 § *En upphandlande enhet får tillsammans med upphandlande enheter i andra medlemsstater än Sverige vidta upphandlingsåtgärder genom att gemensamt*

1. tilldela ett kontrakt,
2. ingå ett ramavtal, eller
3. driva ett dynamiskt inköpssystem.

En upphandlande enhet som gemensamt har ingått ett ramavtal eller driver ett dynamiskt inköpssystem enligt första stycket 2 eller 3, får tilldela kontrakt på grundval av ramavtalet eller inköpssystemet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om gränsöverskridande gemensam upphandling genom gemensamt vidtagna upphandlingsåtgärder och genomför artikel 57.4 första stycket första och andra meningarna i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

För kommentar i övrigt se 38 § i avsnitt 14.1.

32 § *Vid gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 31 § ska nödvändiga delar för samarbetet fastställas genom en överenskommelse mellan berörda medlemsstater.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att nödvändiga delar för ett samarbete vid gränsöverskridande gemensam upphandling genom gemensamma upphandlingsåtgärder ska fastställas genom en överenskommelse mellan berörda medlemsstater. Paragrafen genomför artikel 57.4 första stycket tredje meningen och första stycket a och b i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

För kommentar i övrigt se 39 § i avsnitt 14.1.

33 § Om det inte har träffats en överenskommelse enligt 32 §, får de deltagande enheterna själva träffa en sådan som fastställer

1. enheternas ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga, och

2. den interna organisationen av upphandlingsförfarandet, innefattande ledning, fördelning av de varor, tjänster eller byggentreprenader som ska upphandlas och ingående av kontrakt.

När enheterna fastställer ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga enligt första stycket 1, kan

1. ansvarsområdena fördelas till en eller mellan flera av dem, eller

2. som tillämpliga bestämmelser fastställas den medlemsstats bestämmelser i vilken minst en av enheterna har sin hemvist.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att deltagande enheter får träffa en sådan överenskommelse som avses i 32 § och genomför artikel 57.4 första stycket a och b och andra stycket andra meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3

För kommentar i övrigt se 40 § i avsnitt 14.1.

33 a § Fördelningen av ansvarsområden mellan upphandlande enheter och tillämpliga nationella bestämmelser enligt 32 och 33 § ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om information i upphandlingsdokument och genomför artikel 57.4 andra stycket tredje meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

För kommentar i övrigt se 40 a § i avsnitt 14.1.

34 § En deltagande enhet i en gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 31 § som anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader från en annan deltagande enhet ska anses uppfylla sina skyldigheter enligt denna lag, om dessa i enlighet med överenskommelsen enligt 32 eller 33 § uppfylls av någon av de deltagande enheterna.

Paragrafen innehåller bestämmelser om anskaffning för enheter som deltar i gränsöverskridande gemensamma upphandlingsåtgärder enligt 31 §. Paragrafen genomför artikel 57.4 andra stycket första meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

För kommentar i övrigt se 41 § i avsnitt 14.1.

Metod 3: upphandling med en gemensam enhet

35 § *En upphandlande enhet får tillsammans med upphandlande enheter från andra medlemsstater än Sverige bilda en gemensam enhet som genomför upphandlingar.*

En europeisk gruppering för territoriellt samarbete enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1082/2006 av den 5 juli 2006 om en europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS) eller någon annan enhet som har bildats enligt unionsrätten ska räknas som en gemensam enhet enligt första stycket.

Paragrafen innehåller bestämmelser om upphandling med en gemensam enhet och genomför tillsammans med 36 § artikel 57.5 första stycket första meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

För kommentar i övrigt se 42 § i avsnitt 14.1.

36 § *Vid gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 35 §, ska den gemensamma enhetens behöriga organ besluta om tillämpliga nationella bestämmelser enligt andra och tredje styckena.*

Tillämpliga nationella bestämmelser ska vara bestämmelserna i den medlemsstat där den gemensamma enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver sin verksamhet.

Ett beslut enligt första stycket ska antingen gälla tills vidare, om det fattas genom beslutet att bilda den gemensamma enheten, eller begränsas till en viss tidsperiod, till vissa typer av kontrakt eller till en eller flera enskilda tilldelningar av kontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillämpliga nationella bestämmelser vid gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 35 §. Paragrafen genomför, tillsammans med 35 §, artikel 57.5 första stycket första meningen och artikel 57.5 första stycket a och b och andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

För kommentar i övrigt se 43 § i avsnitt 14.1.

Domsrätt och behörig domstol vid överprövning av en gränsöverskridande gemensam upphandling

37 § Om tillämpliga nationella bestämmelser enligt 32, 33 eller 36 § är bestämmelserna i denna lag, ska en ansökan om överprövning av en gränsöverskridande gemensam upphandling enligt 31 eller 35 § göras vid allmän förvaltningsdomstol.

En ansökan om överprövning av en gränsöverskridande gemensam upphandling enligt första stycket ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets

1. den upphandlande enheten har sin hemvist, om ansökan gäller en upphandling enligt 31 §, eller

2. den gemensamma enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver sin verksamhet, om ansökan gäller en upphandling enligt 35 §.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om domsrätt och behörig domstol vid överprövning i vissa fall. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

För kommentar i övrigt se 44 § i avsnitt 14.1.

Tilldelning av ett kontrakt i separata delar

38 § En upphandlande enhet får besluta att ett kontrakt ska tilldelas i form av separata delar och får då också fastställa storleken på och föremålet för dessa delar.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tilldelning av ett kontrakt i separata delar och genomför artikel 65.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.3.

För kommentar i övrigt se 45 § i avsnitt 14.1.

En upphandlande enhets skyldighet att motivera varför ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar

39 § En upphandlande enhet ska ange skälen för att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. Skälen ska lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller genom sådan information som avses i 87 §.

Paragrafen innehåller bestämmelser om en upphandlande enhets skyldighet att motivera beslut att kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.3.

En enhet har enligt paragrafen en skyldighet att motivera sitt ställningstagande att inte tilldela ett kontrakt i separata delar. Bestämmelsen går utöver det som erfordras enligt artikeln och motsvarar det som gäller för upphandlande myndigheter enligt den nya lagen om offentlig upphandling (se 46 § i avsnitt 14.1).

För kommentar i övrigt se 46 § i avsnitt 14.1.

Anbud på ett kontrakt som ska tilldelas i delar

40 § *En upphandlande enhet som ska tilldela ett kontrakt i delar enligt 38 §, ska bestämma om leverantörerna får lämna anbud på en, flera eller alla delar av kontraktet.*

Om anbud får lämnas på flera eller alla delar av ett kontrakt enligt första stycket, får enheten begränsa antalet delar av kontraktet som får tilldelas en och samma leverantör. När enheten beslutar om en sådan begränsning, ska den också fastställa vilken ordning som ska tillämpas när en leverantör enligt tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen tillåter.

Paragrafen innehåller bestämmelser om anbud på ett kontrakt som ska tilldelas i delar enligt 38 § och genomför tillsammans med 41 § artikel 65.1 andra stycket och 65.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.3.

För kommentar i övrigt se 47 § i avsnitt 14.1.

Annonsering och offentliggörande i övrigt

41 § *En upphandlande enhet som ska tilldela ett kontrakt i delar enligt 38 §, ska i annonsen enligt X §³¹ eller i en inbjudan att bekräfta intresse enligt Y §³² ange om anbud får lämnas för en, flera eller alla delar av kontraktet enligt 40 § första stycket.*

Om enheten ska begränsa antalet delar av ett kontrakt som får tilldelas en leverantör enligt 40 § andra stycket, ska enheten

³¹ Kapitlet Annonsering av upphandling.

³² Bestämmelserna som genomför artikel 74.1 andra stycket i direktivet.

1. i annonsen eller inbjudan enligt första stycket ange det antalet delar av kontraktet som högst får tilldelas en och samma leverantör, och

2. i något av upphandlingsdokumenten ange den ordning som ska tillämpas när en leverantör enligt tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen tillåter.

Paragrafen innehåller bestämmelser om offentliggörande och genomför tillsammans med 40 § artikel 65.1 andra stycket och 65.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.3.

För kommentar i övrigt se 48 § i avsnitt 14.1.

Kvalificeringssystem

Upprättande av ett kvalificeringssystem

42 § *En upphandlande enhet får ha ett särskilt kvalificeringssystem för val på förhand av leverantörer som får delta i selektiva förfaranden, förhandlade förfaranden, konkurrenspräglade dialoger eller innovationspartnerskap. En kvalificering får begränsas till deltagande i upphandlingar av en eller flera kategorier av varor, tjänster och byggentreprenader.*

Ett kvalificeringssystem kan omfatta flera kvalificeringsfaser.

När ett kvalificeringssystem upprättas och tillämpas ska 47 a, 49–53, 57 a, 67, 68, X³³ och Y³⁴ §§ samt X kap.³⁵ tillämpas.

Paragrafen innehåller bestämmelser om upprättande av ett kvalificeringssystem och genomför artikel 77.1 första stycket, 77.2 första stycket och, tillsammans med 45 §, 77.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 11 kap. 2 § LUF.

Nuvarande lag innehåller bestämmelser om två olika tvåstegsförfaranden, nämligen selektivt förfarande och förhandlat förfarande. Då den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna har tillförts bestämmelser om ytterligare två tvåstegsförfaranden, konkurrenspräglad dialog och innovationspartnerskap, består den avslutande uppräkningsdelen av förfaranden i *första stycket första meningen* av fyra förfaranden. Som framgår av artikel 44.4

³³ Bestämmelserna som genomför artikel 68 i direktivet.

³⁴ Bestämmelserna som genomför artikel 75.4–6 i direktivet.

³⁵ Kapitlet Tilldelning av kontrakt.

första stycket b i direktivet får ett kvalificeringssystem användas vid tilldelning genom selektivt förfarande, förhandlat förfarande, konkurrenspräglad dialog och innovationspartnerskap.

Uppräkningen i *tredje stycket* av vilka bestämmelser som ska tillämpas motsvarar lagstiftningstekniken i nuvarande 11 kap. 2 § tredje stycket LUF.

Fastställande av krav för kvalificering till och regler för driften av ett kvalificeringssystem

43 § *Den upphandlande enheten ska ange dels vilka krav en leverantör ska uppfylla för att denne ska kvalificera sig enligt ett sådant kvalificeringssystem som avses i 42 § och, i den utsträckning som framgår av X kap.³⁶, grunder för uteslutning av en leverantör från kvalificeringssystemet, dels regler för driften av kvalificeringssystemet. En enhet kan upplysa om kraven och reglerna genom en hänvisning till andra företags kvalificeringssystem.*

Kraven och reglerna som avses i första stycket ska tillhandahållas den leverantör som begär det.

En leverantör kan när som helst ansöka om att bli kvalificerad.

Kraven för kvalificering enligt första stycket får vid behov uppdateras. Berörda leverantörer ska underrättas om de ändringar som gjorts.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav för kvalificering till och regler för driften av kvalificeringssystem och genomför artikel 77.1 andra stycket, 77.2 andra stycket, 77.2 tredje stycket andra meningen och 77.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 11 kap. 3 § LUF.

Första stycket första meningen motsvarar nuvarande 11 kap. 3 § första stycket första meningen LUF. I paragrafen har dock förtydligats att även reglerna för driften av kvalificeringssystemet ska anges. I artikel 77.2 andra stycket i direktivet exemplifieras vad regler om driften kan omfatta. Enligt artikeln kan sådana regler omfatta registrering i systemet, regelbunden uppdatering av kvalificeringar och systemets varaktighet.

Regleringen hindrar inte att en leverantör åberopar andra leverantörers kapacitet för att uppfylla tillämpliga krav för kvalificering som

³⁶ Kapitlet Uteslutning av leverantörer.

avser ekonomisk och finansiell ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet. Andra leverantörers kapacitet kan sålunda åberopas för kvalificering till ett kvalificeringssystem trots att detta inte uttryckligen regleras i bestämmelserna om kvalificeringssystem i direktivet eller i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (jfr artikel 53.4–5 i 2004 års LUF-direktiv och nuvarande 11 kap. 5 § LUF).

Tekniska specifikationer

44 § *Om de krav för kvalificering som avses i 43 § omfattar tekniska specifikationer, ska bestämmelserna i X §³⁷ tillämpas i fråga om sådana specifikationer.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav för kvalificering i form av tekniska specifikationer och genomför artikel 77.2 tredje stycket första meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 11 kap. 4 § LUF.

Förteckning över leverantörer

45 § *De leverantörer som av den upphandlande enheten har ansetts kvalificerade att delta i kvalificeringssystemet ska föras upp i en förteckning. Av förteckningen ska det framgå om en leverantörs kvalificering är begränsad till deltagande i upphandlingar av en eller flera kategorier av varor, tjänster och byggentreprenader.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om förteckningar av kvalificerade leverantörer och genomför tillsammans med 42 § artikel 77.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 11 kap. 6 § LUF.

Till skillnad från den motsvarande bestämmelsen i 11 kap. 6 § LUF finns det i paragrafen inte någon uttrycklig hänvisning till att förteckningen ska bevaras enligt en viss bestämmelse. Att förteckningen ska bevaras följer dock av bestämmelserna om dokumentation av förfaranden och om individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (se 86–88 §§).

³⁷ Bestämmelserna som genomför artiklarna 60–62 i direktivet.

Kvalificerad leverantör ska väljas

46 § *Om en upphandling sker med hjälp av ett kvalificeringssystem, ska valet av de leverantörer som ska kunna tilldelas kontrakt göras från den grupp av leverantörer som har kvalificerat sig enligt systemet.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att leverantörer som ska kunna tilldelas kontrakt ska väljas från den grupp av leverantörer som har kvalificerats enligt kvalificeringssystemet. Paragrafen genomför artikel 77.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 11 kap. 7 § LUF.

I förhållande till motsvarigheten i nuvarande 11 kap. 7 § LUF saknar dock paragrafen en uppräkningsförteckning av tvåstegsförfarandena enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Att en upphandling som genomförs enligt något av tvåstegsförfarandena selektivt förfarande, förhandlat förfarande, konkurrenspräglad dialog eller innovationspartnerskap också kan ske med hjälp av ett kvalificeringssystem följer redan av 42 §. Nuvarande lag och den nya lagen skiljer sig därvidlag inte åt, då båda medger att en upphandling sker med hjälp av kvalificeringssystem om något av lagarnas tvåstegsförfarande används i upphandlingen.

Fastställande av villkor för uteslutning och val av leverantörer

47 § *En upphandlande enhet ska se till att villkoren för uteslutning och val av leverantörer är tillgängliga för de presumtiva leverantörerna.*

Om villkoren innefattar krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet, får leverantören utnyttja andra företags kapacitet enligt 49–57 §§.

Villkoren som ska anges enligt första stycket ska,

- 1. i den utsträckning som framgår av X kap.³⁸, innefatta grunder för uteslutning av leverantörer, och*
- 2. innefatta tillämpliga krav för val av leverantörer.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om fastställande av villkor för uteslutning och val av leverantörer och genomför artikel 78.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.3.3.

Paragrafen ger uttryck för den grundläggande bestämmelsen att en upphandlande enhet inte är begränsad till att använda enbart

³⁸ Kapitlet Uteslutning av leverantörer.

vissa i lagen uppräknade specifika krav för val av leverantörer. Upphandling inom försörjningsområdet skiljer sig alltså från offentlig upphandling i detta hänseende..

Bestämmelserna i *första stycket* motsvarar nuvarande 11 kap. 8 § första stycket LUF.

Bestämmelserna i *andra och tredje styckena* upplyser om regelverket i övrigt i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna som styr vilka krav en leverantör ska uppfylla för att denne ska kunna tilldelas ett kontrakt.

47 a § *En upphandlande enhet får för kvalificering av leverantörer till ett kvalificeringssystem och för val av leverantörer som ska kunna tilldelas kontrakt tillämpa sådana krav för val av leverantörer som avses i X §³⁹ lagen (2016:0000) om offentlig upphandling. Enheten ska i sådana fall tillämpa X–Y §§⁴⁰ i den lagen.*

När enheten kontrollerar om leverantören uppfyller de krav som avses i första stycket, ska den tillämpa X–Y §§⁴¹ lagen om offentlig upphandling på samma sätt som en upphandlande myndighet enligt den lagen.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillämpligheten av vissa bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling när det gäller krav för val av leverantörer och för kontroll av dessa. Paragrafen genomför artikel 80.2 och bestämmelserna om kontroll av om huruvida leverantörer uppfyller kraven för val av leverantörer i artikel 80.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.5.3.

Som framgår av kommentaren till 47 § är en upphandlande enhet inte begränsad till att använda enbart vissa i lagen uppräknade specifika krav för val av leverantörer. Detta handlingsutrymme motiveras enligt EU-lagstiftaren av ett behov av att säkerställa god affärssed och samtidigt medge största möjliga flexibilitet (se skäl 92 i direktivet).

Om enheten enligt *första stycket* väljer att tillämpa sådana krav för val av leverantörer som avser behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet och som regleras i den nya lagen om offentlig upphandling (se 52 § första stycket i avsnitt 14.1), ska enheten

³⁹ 52 § första stycket i avsnitt 14.1.

⁴⁰ 52 § första och andra styckena och 53–56 §§ i avsnitt 14.1.

⁴¹ 57–70 §§ i avsnitt 14.1.

dock tillämpa den lagens regler i ämnet (se 52 § första och andra styckena och 53–56 §§ i avsnitt 14.1).

När enheten kontrollera om leverantören uppfyller sådana krav som avses i första stycket, ska den enligt *andra stycket* tillämpa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling (se 57–70 §§ i avsnitt 14.1).

Begränsning av antalet leverantörer som får delta i en upphandling

48 § När en upphandling genomförs med selektivt förfarande, förhandlat förfarande, konkurrenspräglad dialog eller innovationspartnerskap, får den upphandlande enheten använda villkor för val av leverantörer som grundar sig på ett objektiva behov av att minska antalet leverantörer som tillåts delta i upphandlingen till en nivå som kan anses rimlig med hänsyn till särskilda förhållanden i samband med upphandlingen och på de resurser som behövs för dess genomförande.

De leverantörer som enheten har valt ut att delta i upphandlingen med stöd av första stycket ska vara så många att effektiv konkurrens kan uppnås.

Paragrafen innehåller bestämmelser om begränsning av antalet leverantörer som får delta i en upphandling som genomförs med hjälp av ett tvåstegsförfarande. Paragrafen genomför artikel 78.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.3.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 11 kap. 10 § LUF.

Leverantörer och andra företags kapacitet

Leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet

49 § En leverantör får vid behov eller för fullgörandet av ett visst kontrakt utnyttja andra företags kapacitet enligt 50–57 c §§ oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen.

Paragrafen innehåller bestämmelser om leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet. Bestämmelserna i paragrafen om att den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen saknar betydelse genomför motsvarande bestämmelser i

artikel 79.1 första stycket och 79.2 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

Paragrafen upplyser om att andra företags kapacitet kan åberopas enligt bestämmelserna i 50–57 c §§. Regleringen innebär att en leverantör kan åberopa andra företags kapacitet om det rör sig om sådana förhållanden som avses i nämnda paragrafer. Om frågan gäller uppfyllande av andra krav än sådana som avses i paragraferna kan andra företags kapacitet inte åberopas. (Jfr författningskommentaren till 11 kap. 8 § i prop. 2006/07:128 s. 536; det får antas att regeringen uttrycker samma sak genom meningen ”Det är emellertid enbart dessa kriterier som kan tillämpas om leverantörerna åberopar andra företags kapacitet”.)

Det framgår vidare av paragrafen att en leverantör kan åberopa andra företags kapacitet oavsett arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen.

Andra företags kapacitet vid kvalificering enligt ett kvalificeringssystem

50 § *En leverantör som ansöker om att bli kvalificerad enligt ett kvalificeringssystem kan åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla kvalificeringssystemets krav avseende ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet.*

När kvalificeringssystemets krav avser

- 1. relevant yrkeserfarenhet eller*
 - 2. en tjänsteleverantörs eller byggentreprenörs utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer hos företaget,*
- får leverantören åberopa andra företags kapacitet enligt första stycket, endast om samma företag kommer att utföra de tjänster eller byggentreprenader för vilka kapaciteten åberopas.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet vid kvalificering enligt ett kvalificeringssystem och genomför tillsammans med 51 § artikel 79.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

51 § Om en leverantör åberopar andra företags kapacitet och kapaciteten är sådan som avses i 50 § andra stycket, ska leverantören visa att den förfogar över företagets resurser under hela den period då kvalificeringssystemet är giltigt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att leverantören ska visa att den förfogar över åberopade företags kapacitet och genomför tillsammans med 50 § artikel 79.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

Som framgår av artikel 79.1 första stycket sista meningen i direktivet kan detta visas genom att leverantören lämnar in ett dokument av vilket det framgår att företagen åtar sig att tillhandahålla resurserna under systemets giltighet (jfr 74 § i avsnitt 14.1).

52 § En upphandlande enhet får besluta att leverantörerna och de företag vars kapacitet leverantören åberopar för att kvalificera sig enligt ett kvalificeringssystem ska vara solidariskt ansvariga för fullgörandet av kontraktet, om kapaciteten som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning.

Paragrafen innehåller bestämmelser om solidariskt ansvar för fullgörandet av ett kontrakt och genomför artikel 79.1 tredje stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

En motsvarande bestämmelse finns i den nya lagen om offentlig upphandling (se 76 § andra stycket i avsnitt 14.1).

53 § Under de villkor som följer av 50–52 §§ kan också en grupp av leverantörer enligt X §⁴² vid kvalificering enligt ett kvalificeringssystem åberopa kapaciteten hos deltagarna i gruppen eller andra företag.

Paragrafen innehåller bestämmelser om åberopande av kapacitet av en grupp av leverantörer och genomför artikel 79.1 fjärde stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

⁴² Bestämmelserna som genomför artikel 37.2 i direktivet.

Andra företags kapacitet och val av leverantör som ska kunna tilldelas kontrakt

54 § *En leverantör får vid behov och för fullgörandet av ett visst kontrakt utnyttja andra företags kapacitet för att uppfylla tillämpliga krav för val av leverantörer som avser ekonomisk och finansiell ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet.*

När kraven avser

1. relevant yrkeserfarenhet eller

2. en tjänsteleverantörs eller byggtreprenörs utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer hos företaget,

får leverantören åberopa andra företags kapacitet enligt första stycket, endast om samma företag kommer att utföra de tjänster eller byggtreprenader för vilka kapaciteten åberopas.

Paragrafen innehåller bestämmelser om leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet och genomför tillsammans med 55 § artikel 79.2 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

55 § *Om en leverantör åberopar andra företags kapacitet och kapaciteten är sådan som avses i 54 § andra stycket, ska leverantören visa att den förfogar över de nödvändiga resurserna.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att leverantören ska visa att den förfogar över åberopade företags kapacitet och genomför tillsammans med 54 § artikel 79.2 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

Som framgår av artikel 79.2 första stycket sista meningen i direktivet kan detta visas genom att leverantören lämnar in ett dokument av vilket det framgår att företagen åtar sig att tillhandahålla nödvändiga resurser (se 74 § i avsnitt 14.1).

56 § *En upphandlande enhet får besluta att leverantörerna och de företag vars kapacitet leverantören avser att utnyttja ska vara solidariskt ansvariga för fullgörandet av kontraktet, om kapaciteten som ska utnyttjas avser ekonomisk och finansiell ställning.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om solidariskt ansvar för fullgörandet av ett kontrakt och genomför artikel 79.2 tredje stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

En motsvarande bestämmelse finns i den nya lagen om offentlig upphandling (se 76 § andra stycket i avsnitt 14.1).

57 § Under de villkor som följer av 54–56 §§ kan också en grupp av leverantörer enligt X §⁴³ åberopa kapaciteten hos deltagarna i gruppen eller andra företag.

Paragrafen innehåller bestämmelser om åberopande av kapacitet av en grupp av leverantörer och genomför artikel 79.2 fjärde stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

Kontroll av om de företag vars kapacitet en leverantör åberopar uppfyller tillämpliga krav

57 a § Om villkoren för att kunna tilldelas ett kontrakt är sådana som avses i 47 a och 58–61 §§, ska en upphandlande enhet tillämpa X–Y §§⁴⁴ lagen (2016:0000) om offentlig upphandling när den kontrollerar om de andra företag vars kapacitet en leverantör åberopar enligt 50–57 §§ uppfyller kraven för kvalificeringssystemet eller för val av leverantörer och om förhållandena hos dessa företag är sådana att det finns skäl för uteslutning

Paragrafen innehåller bestämmelser om kontroll av om de företag vars kapacitet en leverantör åberopar uppfyller tillämpliga krav och genomför artikel 79.1 andra stycket och 79.2 andra stycket i direktivet med undantag för artikelns bestämmelser om byte av företag. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

57 b § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska begära att en leverantör åberopar ett annat företags kapacitet, om det vid en kontroll enligt 57 a § framkommer att det åberopade företaget inte uppfyller kraven enligt 58 och 59 §§.

⁴³ Bestämmelserna som genomför artikel 37.2 i direktivet.

⁴⁴ 57–70 §§ i avsnitt 14.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om byte av företag vars kapacitet åberopas och genomför bestämmelserna om byte av företag i artikel 79.1 andra stycket och artikel 79.2 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

När kontrollen enligt 57 a § visar att förhållandena hos ett företag vars kapacitet åberopas är sådana att det föreligger skäl för obligatorisk uteslutning, 58 och 59 §§, ska den upphandlande enheten begära att leverantören åberopar ett annat företags kapacitet. Leverantören ska således i sådana fall beredas tid att inkomma med uppgifter om vilket annat företags kapacitet denne önskar åberopa.

Bestämmelserna i paragrafen gäller endast för sådana upphandlande enheter som också är upphandlande myndigheter. Regleringen i övrigt i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna hindrar dock inte att upphandlande enheter tillämpar samma ordning. Det finns inte heller något hinder emot att tillämpa ordningen om det befins föreliggande skäl för uteslutning enligt de fakultativa grunderna, 61 §. Är inte förutsättningarna i 57 b § uppfyllda kan en upphandlande enhet sålunda välja att tillämpa ordningen. Enheten är dock inte förpliktigad till detta.

57 c § En upphandlande enhet får besluta att vissa för ett kontrakt avgörande uppgifter ska utföras direkt av leverantören eller av en av deltagarna i en sådan grupp av leverantörer som avses i X §⁴⁵, trots att leverantören eller gruppen åberopar andra företags kapacitet, om kontraktet avser tjänstekontrakt, byggentreprenadkontrakt eller monterings- eller installationsarbeten inom ramen för ett varukontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav på att andra företags kapacitet under vissa omständigheter inte kan utnyttjas för att fullgöra ett kontrakt och genomför artikel 79.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser som utgör villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. I den nya lagen om offentlig upphandling finns en motsvarighet till bestämmelsen (se 76 § tredje stycket i avsnitt 14.1).

⁴⁵ Bestämmelserna som genomför artikel 37.2 i direktivet.

Omständigheter som ska medföra uteslutning av leverantörer

Brott

58 § *En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar*

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen,

4. penningtvätt eller finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism,

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i nämnda rambeslut, eller

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rådets rambeslut 2002/629/RIF.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om personen är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att leverantörer ska uteslutas från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling på grund av brott och genomför tillsammans med 59 § bestämmelserna om grunder för uteslutning i artikel 80.1 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.5.3.

Paragrafen gäller för upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter och kan leda till uteslutning av en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller i en upphandling. Som framgår av paragrafen rör det sig om grunder som *ska* leda till uteslutning.

För kommentar i övrigt se 13 § i avsnitt 14.1.

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

59 § *En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där kvalificeringssystemet förvaltas eller där upphandlingen sker och detta har fastställts genom ett laga-kraftvunnet och bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut.*

En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att leverantörer i vissa fall ska och i andra fall får uteslutas från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter och genomför tillsammans med 58 § bestämmelserna om grunder för uteslutning i artikel 80.1 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.5.3.

Paragrafen gäller för upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter och kan leda till uteslutning av en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling. Den tar vidare sikte på ej fullgjorda betalningar av skatter och avgifter i det egna landet eller i det land där kvalificeringssystemet förvaltas eller där upphandlingen sker.

Första stycket innehåller grunder som *ska* leda till uteslutning medan *andra stycket* innehåller sådana som *får* leda till uteslutning.

För kommentar i övrigt se 14 § i avsnitt 14.1.

Omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer

60 § *En upphandlande enhet som inte är en upphandlande myndighet får på de grunder som anges i 58 och 59 §§ utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att leverantörer får uteslutas från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling på grunder som avses i 58 och 59 §§ och genomför tillsammans med 61 § bestämmelserna om grunder för uteslutning i artikel 80.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.5.3.

Paragrafen gäller för upphandlande enheter oavsett om de är upphandlande myndigheter eller ej och kan leda till uteslutning av en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling. Som framgår av paragrafen rör det sig om grunder som får leda till uteslutning.

61 § *En upphandlande enhet får, utöver vad som följer av 58 och 59 §§, utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller i en upphandling, om*

1. enheten på något lämpligt sätt kan påvisa att leverantören har åsidosatt tillämpliga skyldigheter som avses i 98 §,

2. leverantören är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått ackordsuppgörande med borgenärer, har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,

3. enheten på lämpligt sätt kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. enheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrیدا konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt, ett tidigare kontrakt med en upphandlande enhet eller en tidigare koncession, och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. enheten inte kan undvika en snedvrیدning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av

att det föreligger jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. enheten genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören inte kan avhjälpa en snedvridning av konkurrensen på grund av ett sådant tidigare deltagande från leverantörens sida som avses i X §⁴⁶,

8. leverantören i allvarlig omfattning har lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i kvalificeringssystemet eller upphandlingen enligt 58–66 §§ eller av att leverantören uppfyller tillämpliga krav för val av leverantörer enligt 47 och 47 a §§, har undanhållit sådan information eller inte har kunnat lämna de kompletterande dokument som enheten har begärt in med stöd av 47 a § andra stycket, och

9. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande enhetens beslutsprocess, tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i kvalificeringssystemet eller upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under förfarandet i fråga om uteslutning av leverantörer från deltagande i kvalificeringssystemet eller upphandlingen, val av leverantörer som ska kvalificeras i kvalificeringssystemet och tilldelning av kontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att leverantörer får uteslutas från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling på grund av allvarliga brister i övrigt i fråga om hur leverantörernas verksamhet bedrivs. Paragrafen genomför tillsammans med 60 § bestämmelserna om grunder för uteslutning i artikel 80.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.5.3.

Paragrafen gäller för upphandlande enheter oavsett om de är upphandlande myndigheter eller ej och kan leda till uteslutning av en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling. Som framgår av paragrafen rör det sig om grunder som får leda till uteslutning.

För kommentar i övrigt se 15 § i avsnitt 14.1.

⁴⁶ Bestämmelserna som genomför artikel 59 i direktivet.

Utredning

62 § *En upphandlande enhet ska innan den beslutar att utesluta en leverantör på de grunder som anges i 58–61 §§, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enheten anser utgöra skäl för uteslutning.*

Om leverantören anser att skäl inte finns för uteslutning, ska det anges i yttrandet. Leverantören ska tillsammans med yttrandet ge in de kompletterande dokument som myndigheten har begärt in med stöd av 47 a § andra stycket. Leverantören bör även tillsammans med yttrandet ge in sådan utredning i övrigt som visar att denne är tillförlitlig.

Undantag från uteslutning i vissa fall

63 § *En leverantör ska inte uteslutas enligt 58 eller 61 §, om leverantören visar att denne har*

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som har orsakats av brottet eller det allvarliga felet,

2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och aktivt samarbetar med de utredande myndigheterna, och

3. vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel.

När en upphandlande enhet bedömer om leverantörens åtgärder enligt första stycket är tillräckliga, ska enheten beakta allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet.

En leverantör ska inte uteslutas enligt 59 §, när denne har fullgjort sina åligganden avseende skatter och socialförsäkringsavgifter inklusive eventuell ränta eller sanktionsavgift eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande.

64 § *En upphandlande enhet får underlåta att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det finns tvingande hänsyn till allmänintresset.*

Beslut om uteslutning

65 § *En upphandlande enhet kan när som helst under ett förfarande utesluta en leverantör från att delta i förfarandet enligt 58–64 §§, om grund för uteslutning enligt dessa paragrafer visar sig föreligga med hänsyn till leverantörens handlande eller underlåtenhet att handla antingen före eller under förfarandet.*

En upphandlande enhet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och dess skäl.

Paragraferna innehåller bestämmelser om utredning vid utslutning, om undantag från utslutning i vissa fall och om beslut om utslutning. Paragraferna genomför artikel 80.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.5.3.

Paragrafernas bestämmelser är tillämpliga om utslutning aktualiseras på någon av de grunder som avses i 58–61 §§.

I artikel 80.1 i direktivet anges att grunderna för utslutning ska tillämpas enligt de villkor som anges i artikel 57 i LOU-direktivet. Av detta följer att även bestämmelserna om utredning vid utslutning, om undantag från utslutning i vissa fall och om beslut om utslutning i artikel 57 i LOU-direktivet ska tillämpas. I dessa delar genomförs den artikeln genom bestämmelserna i 16–19 §§ i avsnitt 14.1.

För kommentar i övrigt se 16–19 §§ i avsnitt 14.1.

Kontroll av om leverantörer ska utslutas

66 § *En upphandlande enhet ska när den kontrollerar om en leverantör ska utslutas med stöd av 58–61 §§ tillämpa X–Y §§⁴⁷ lagen (2016:0000) om offentlig upphandling på samma sätt som en upphandlande myndighet enligt den lagen.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om kontroll av om huruvida leverantörer ska utslutas med stöd av 58–61 §§ och genomför bestämmelserna om utslutning i artikel 80.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.5.3.

En upphandlande enhet som tillämpar de utslutningsgrunder i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, 58–71 §§, som motsvarar grunderna i den nya lagen om offentlig upphandling (se 13–15 §§ i avsnitt 14.1) ska också tillämpa reglerna om utredning i den lagen (se 57–70 §§ i avsnitt 14.1).

Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder

Kvalitetssäkringsstandarder

67 § *Om en upphandlande enhet kräver att leverantörerna visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende organ om att leverantören följer vissa kvalitetssäkringsstandarder, inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, ska enheten hänvisa till kvalitetssäkrings-*

⁴⁷ 57–70 §§ i avsnitt 14.1.

system som bygger på relevanta europeiska standardserier och är certifierade av ackrediterade organ.

Enheten ska godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis om likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder, om leverantören

1. inte har möjlighet att erhålla intygen inom gällande tidsfrister och detta inte beror på leverantören, och

2. visar att åtgärderna stämmer överens med de kvalitetssäkringsstandarder som enheten har krävt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kvalitetssäkringsstandarder och genomför artikel 81.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.6.3.

För kommentar i övrigt se 71 § i avsnitt 14.1.

Miljöledningsstandarder

68 § *Om en upphandlande enhet kräver att leverantörerna visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende organ om att leverantören följer vissa miljöledningssystem eller miljöledningsstandarder, ska enheten hänvisa till*

1. Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1221/2009 av den 25 november 2009 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (Emas),

2. andra miljöledningssystem som erkänns i enlighet med artikel 45 i samma förordning, eller

3. andra miljöledningsstandarder som grundas på berörda europeiska eller internationella standarder från ackrediterade organ.

Enheten ska godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis om likvärdiga miljöledningsåtgärder, om leverantören kan visa

1. att denne inte har möjlighet att få intygen utfärdade eller att erhålla dem inom gällande tidsfrister och detta inte beror på leverantören, och

2. att åtgärderna är likvärdiga med dem som erfordras i det miljöledningssystem eller den miljöledningsstandard som enheten har krävt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om miljöledningsstandarder och genomför artikel 81.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.6.3.

För kommentar i övrigt se 72 § i avsnitt 14.1.

69 § *En upphandlande enhet ska innan den tilldelar ett kontrakt enligt X kap.⁴⁸ kontrollera att leverantören*

1. inte ska uteslutas med stöd av 58–66 §§ och

2. uppfyller de krav som enheten har ställt enligt detta kapitel.

De villkor som avses i första stycket ska tillämpas objektivt vid bedömningen av vilka leverantörer som ska kunna tilldelas kontrakt.

Paragrafen innehåller grundläggande bestämmelser om de villkor en leverantör ska uppfylla och som enheten ska pröva innan den tilldelar ett kontrakt och genomför artikel 76.1 och 76.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.3.

Bestämmelserna i *första stycket* ger uttryck för den grundläggande bestämmelsen att innan en upphandlande enhet tilldelar en leverantör ett kontrakt ska leverantörens lämplighet ha kontrollerats med avseende på sådana förhållanden som avses punkterna 1 och 2. I så måtto motsvarar första styckets bestämmelser de i 49 § första stycket i avsnitt 14.1.

I *första stycket 1 och 2* räknas de förutsättningar upp som ska vara uppfyllda innan ett kontrakt tilldelas. Som framgår rör punkterna inte i vilken utsträckning ett anbud står i överensstämmelse med de krav, villkor eller kriterier beträffande anbuden som har angetts i upphandlingsdokumenten. Det som anges i artikel 76.5 i direktivet, att anbuden ska stå i överensstämmelse med de regler och krav som ska tillämpas, får dock anses genomfört genom den inledande hänvisningen till kapitlet om tilldelning av kontrakt. Reglerna i det kapitlet får nämligen anses förutsätta att enheten endast utvärderar anbud som står i överensstämmelse med det som har krävts enligt upphandlingsdokumenten.

Tillämpningen av de villkor som avses i första stycket ska enligt *andra stycket* vara objektiv. Sådana krav på tillämpningen följer redan av de allmänna principerna för upphandling. Vad EU-lagstiftaren har avsett med att i artikel 76.1 b i LUF-direktivet markera att reglerna som utgör grunden för val av leverantörer är ”objektiva” är oklart. Det finns dock inga vägande skäl emot att även på denna punkt genomföra direktivtexten så direktivnära som möjligt.

69 a § *När enheten använder ett öppet förfarande vid upphandlingen, får enheten bedöma om kontraktet ska tilldelas enligt X kap.⁴⁹ innan den kontrollerar om leverantören uppfyller villkoren enligt 69 § 1 och 2.*

⁴⁸ Kapitlet Tilldelning av kontrakt.

⁴⁹ Kapitlet Tilldelning av kontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att ett anbud kan prövas innan leverantören som har lämnat anbudet kontrolleras enligt 69 § och genomför artikel 76.7 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.3.

Artikel 76.7 första stycket i direktivet motsvarar artikel 56.2 första stycket i LOU-direktivet. I den senare anges att kontrollen av leverantören ska göras ”på ett opartiskt och öppet sätt”. Någon sådan motsvarande formulering finns inte i den förra. Paragrafen innehåller därför inte någon bestämmelse som motsvarar 50 § tredje stycket i avsnitt 14.1. Som framgår av kommentaren till den paragrafen torde dylika krav på kontrollen följa redan av en tillämpning av principerna för upphandling. Att denna skillnad mellan direktiven skulle ha någon materiell betydelse framstår sålunda inte som troligt.

För kommentar i övrigt se 50 § i avsnitt 14.1.

Komplettering, förtydligande och färdigställande av information och dokumentation som ska lämnas av leverantörer i en upphandling

70 § Om den information eller dokumentation som ska lämnas av leverantörerna är eller verkar vara ofullständig eller felaktig eller om dokument saknas, får den upphandlande enheten begära att en eller flera leverantörer kompletterar, förtydligar eller färdigställer relevant information eller dokumentation.

Åtgärderna enligt första stycket ska vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om komplettering och förtydligande samt färdigställande av information och dokumentation och genomför artikel 76.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.3.

För kommentar i övrigt se 51 § i avsnitt 14.1.

Grunder för utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

Tilldelning av kontrakt

71 § *En upphandlande enhet ska tilldela ett kontrakt den leverantör vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för enheten.*

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska utvärderas på grundval av antingen

- 1. pris eller*
- 2. kostnad.*

Vid en utvärdering enligt andra stycket 2, ska enheten ta hänsyn till tilldelningskriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet.

Paragrafen innehåller grundläggande bestämmelser om tilldelning av kontrakt och genomför artikel 82.1 och, tillsammans med 72 §, artikel 82.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

För kommentar i övrigt se 78 § i avsnitt 14.1.

71 a § *Om leverantörens anbud inte överensstämmer med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter enligt 98 §, får enheten besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet enligt 71 § första stycket.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter och genomför artikel 76.6 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.3.

För kommentar i övrigt se 78 a § i avsnitt 14.1.

Tilldelningskriterier för utvärdering av anbud

72 § *När en enhet utvärderar ett anbud på grundval av kostnad enligt 71 § andra stycket 2, ska enheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för en vara, tjänst eller byggentreprenad eller en bedömning av det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.*

Kostnadseffektiviteten ska bedömas på grundval av tilldelningskriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter eller sociala aspekter.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tilldelningskriterier för utvärdering av anbud och genomför tillsammans med 71 § artikel 82.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

Bestämmelserna motsvarar den exemplifierande uppräknings av tänkbara tilldelningskriterier som finns i nuvarande 12 kap. 1 § andra stycket LUF.

Tilldelningskriteriernas utformning

73 § *Tilldelningskriterierna ska anses vara kopplade till föremålet för kontraktet, om de i alla avseenden avser den vara, tjänst eller bygg-entreprenad som ska levereras, tillhandahållas eller utföras genom kontraktet och berör kontraktets föremål under dess livscykel.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om tilldelningskriteriernas koppling till föremålet för ett kontrakt och genomför artikel 82.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

För kommentar i övrigt se 80 § i avsnitt 14.1.

74 § *Tilldelningskriterierna*

*1. ska garantera en effektiv och rättvis konkurrens,
2. får inte ha en sådan utformning, att en bedömning på grundval av dem får den effekten, att de ger enheten en obegränsad valfrihet vid utvärderingen av anbuden, och*

3. ska kompletteras med specifikationer som gör det möjligt att effektivt kontrollera de uppgifter som lämnas av leverantörerna såvitt avser frågan om hur väl anbuden uppfyller tilldelningskriterierna.

Om det finns anledning till det, ska enheten kontrollera om de uppgifter som leverantören har lämnat in är korrekta.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tilldelningskriteriernas utformning och genomför artikel 82.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

För kommentar i övrigt se 81 § i avsnitt 14.1.

Livscykelkostnader

75 § *Kostnader under livscykeln för en vara, tjänst eller bygg-entreprenad får beaktas av enheten när den utvärderar ett anbud enligt 72 §.*

Kostnader enligt första stycket är sådana som enheten eller någon annan användare ska betala och som helt eller delvis avser kostnader

1. för förvärv,
2. för användning,
3. för underhåll,
4. vid livslängdens slut, eller
5. för externa miljöeffekter.

Kostnader för externa miljöeffekter får beaktas under förutsättning att miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar och kontrolleras.

Paragrafen innehåller bestämmelser om livscykelkostnader och genomför artikel 83.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.3.

För kommentar i övrigt se 82 § i avsnitt 14.1.

76 § Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange vilka uppgifter om livscykelkostnader leverantörerna ska lämna in till enheten och vilken metod enheten kommer att använda för att på grundval av dessa uppgifter fastställa livscykelkostnaderna.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav på offentliggörande av uppgifter med betydelse för livscykelkostnaderna och genomför tillsammans med 77 § artikel 83.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.3.

Bestämmelserna erinrar om vad som följer av bl.a. principen om öppenhet.

77 § Enhetens metod för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter enligt 75 § andra stycket 5 ska

1. grundas på objektivet verifierbara och icke-diskriminerande kriterier,
2. inte på ett otillbörligt sätt gynna eller missgynna vissa av leverantörerna, och
3. vara tillgänglig för leverantörerna.

Metoden för att bedöma kostnaderna enligt första stycket ska utformas så att de uppgifter som ska lämnas in till enheten kan tillhandahållas av leverantörerna med rimliga ansträngningar.

Paragrafen innehåller bestämmelser om metoder för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter och genomför, tillsammans med 76 §, artikel 83.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.3.

För kommentar i övrigt se 84 § i avsnitt 14.1.

Viktning av tilldelningskriterier

78 § När ett anbud ska utvärderas på grundval av kostnad enligt 71 § andra stycket 2, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes.

Kriterier får viktas av enheten enligt första stycket inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om kriterierna inte är möjliga att vikta, ska enheten i stället ta hänsyn till dem genom en fallande prioritetsordning.

Paragrafen innehåller bestämmelser om viktning av tilldelningskriterier och genomför tillsammans med 79 § artikel 82.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 12 kap. 2 § första och andra styckena LUF.

79 § Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur tilldelningskriterierna ska viktas inbördes enligt 78 §.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav på offentliggörande av hur tilldelningskriterierna ska viktas och genomför tillsammans med 78 § artikel 82.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 12 kap. 2 § tredje stycket LUF.

80 § Bestämmelserna i X kap.⁵⁰ gäller för

1. upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilagan, och

2. upphandlingar eller projekttävlingar vars värden beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i X kap.⁵¹.

Paragrafens första punkt innehåller bestämmelser om upphandling som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Bestämmelserna genomför tillsammans med bestämmelser i kapitlet Upphandling som inte omfattas av direktivet i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorn artiklarna 91–94 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.3.

För kommentar i övrigt se 87 § i avsnitt 14.1.

⁵⁰ Kapitlet Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

⁵¹ Kapitlet Tröskelvärden.

Allmänna bestämmelser om tillsyn och samarbete med Europeiska kommissionen

81 § *Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om vilken myndighet som ska utöva tillsyn över upphandlingen enligt denna lag och om vilken myndighet som ska vara kontaktpunkt för samarbete med Europeiska kommissionen när det gäller tillämpningen av denna lag.*

Paragrafen upplyser om att regeringen kan meddela föreskrifter om vilka myndigheter som ska utföra vissa uppgifter. Paragrafen genomför, tillsammans med 82–85 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 99 och, tillsammans med bestämmelser i förordning, artikel 102 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitten 12.2.3 och 12.5.3.

Bestämmelserna i 81–85 §§ motsvarar nuvarande 18 kap. 1–5 §§ LUF. Till bestämmelsen i 81 § har dock förts en upplysning om att regeringen även kan meddela föreskrifter om vilken myndighet som ska vara kontaktpunkt och därmed bistå EU-kommissionen och upphandlande enheter från andra länder samt vidta åtgärder för ett effektivt samarbete med dessa enheter.

82 § *Tillsynsmyndigheten får vid sin tillsyn inhämta alla nödvändiga upplysningar för sin tillsynsverksamhet från upphandlande enheter eller den som kan antas vara en upphandlande enhet. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfattning, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande enheten.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens handläggning och genomför, tillsammans med 81 och 83–85 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 99 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 18 kap. 2 § LUF.

83 § *En upphandlande enhet och den som kan antas vara en upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om skyldighet att tillhandahålla de uppgifter som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn och

genomför, tillsammans med 81, 82, 84 och 85 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 99 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 18 kap. 3 § LUF.

Föreläggande

84 § *Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande enhet eller den som kan antas vara en upphandlande enhet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen.*

Ett föreläggande enligt första stycket får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart hos allmän förvaltningsdomstol.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillsynsmyndighetens möjligheter att förelägga de som enligt 83 § är skyldiga att tillhandahålla uppgifter att inkomma med visst material. Paragrafen genomför, tillsammans med 81–83 och 85 §§, artikel 99 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 18 kap. 4 § LUF.

Behörig domstol

85 § *Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 84 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.*

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om behörig domstol vid överklagande av beslut om föreläggande enligt 84 § och genomför, tillsammans med 81–84 §§, artikel 99 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 18 kap. 5 § LUF.

Dokumentation av förfaranden

86 § *En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandlande enhet ska dokumentera upphandlingsförfarandet och genomför tillsammans med 88 § artikel 100.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.3.

För kommentar i övrigt se 93 § i avsnitt 14.1.

Information om förfaranden för tilldelning av kontrakt

87 § *En upphandlande enhet ska bevara lämplig information om varje*

1. *kontrakt som tilldelas,*
2. *ramavtal som ingås, och*
3. *dynamiskt inköpssystem som upprättas.*

Informationen som bevaras ska vara tillräcklig för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut om

1. *kvalificering, uteslutning och val av leverantörer samt tilldelning av kontrakt,*
2. *användning av förhandlade förfaranden utan föregående annonsering enligt X §⁵²,*
3. *tillämpning av bestämmelserna om att viss upphandling ska undantas från lagens tillämpningsområde, och*
4. *att inte anvisa elektroniska medel för kommunikation enligt 4 §.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om information som en upphandlande enhet ska bevara och genomför artikel 100.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.3.

Paragrafen har utformats med nuvarande 9 kap. 14 § första stycket LUF som förebild.

Ordvalet ”uteslutning och val av leverantörer” i *andra stycket 1* motsvarar ”urval av ekonomiska aktörer” i artikel 100.1 första stycket a i direktivet.

Att en upphandlande enhet kan välja att hänvisa till ett meddelande om tilldelning, om informationen i fråga finns i meddelandet, ligger inom ramen för den handlingsfrihet som följer av paragrafens bestämmelser. Det finns därför inte någon anledning

⁵² Bestämmelserna som genomför artikel 50 i direktivet.

att särskilt föreskriva att en enhet får hänvisa till ett sådant meddelande. Det behövs alltså inte någon särskild föreskrift som genomför artikel 100.1 andra stycket i direktivet (jfr hur artikel 84.1 tredje stycket i LOU-direktivet genomförs genom föreskrifter i förordning, se övervägandena i avsnitt 12.3.3).

88 § *När en upphandling har avslutats ska en upphandlande enhet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, den information som avses i 87 §, sådana dokument som avses i 86 § och liknande dokument.*

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Paragrafen innehåller bestämmelser om bevarande av handlingar och genomför tillsammans med 86 § artikel 100.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.3.

Paragrafen motsvarar nuvarande 9 kap. 14 § andra och tredje styckena LUF. Uppräkningen av de handlingar som ska bevaras har anpassats till hur handlingarna omnämns i 86 och 87 §§. Kravet på att handlingarna ska bevaras minst fyra år har inte ändrats i förhållande till motsvarande bestämmelser i nuvarande 9 kap. 14 § tredje stycket LUF. Enligt artikel 100.2 i direktivet ska handlingarna bevaras minst tre år. Direktivet hindrar således inte att tiden bestäms till minst fyra år.

89 § *Informationen enligt 87 § eller huvuddragen i denna ska på begäran tillställas Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 81 §.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om att den information som avses i 87 § eller huvuddragen i den ska tillställas bl.a. EU-kommissionen och genomför artikel 100.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.3.

För kommentar i övrigt se 94 b § i avsnitt 14.1.

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt

90 § *En leverantör får för fullgörandet av ett kontrakt som denne har tilldelats anlita underleverantörer som ska fullgöra kontraktet i enlighet med de skyldigheter som avses i 98 §.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om anlitan av underleverantörer och genomför artikel 88.1, 88.5 tredje stycket, 88.6 och 88.8 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

För kommentar i övrigt se 95 § i avsnitt 14.1.

Uppgifter om hur leverantören planerar att kontraktet ska fullgöras

91 § *En upphandlande enhet får begära att leverantörer ska lämna in uppgifter om hur stor del av kontraktet som leverantören kan komma att fullgöra genom att anlita underleverantörer enligt 90 §, och de underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra kontraktet i den delen.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om uppgifter beträffande underleverantörer som en upphandlande enhet får begära in och genomför i artikel 88.2 i direktivet med undantag för punktens bestämmelser om offentliggörande. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

Paragrafens bestämmelser motsvarar bestämmelserna om att uppgifter får begäras in i nuvarande 6 kap. 12 § LUF. För kommentar i övrigt se 96 § i avsnitt 14.1.

Betalning direkt till en underleverantör

92 § *Enheten får betala för kontraktets fullgörande direkt till en sådan underleverantör som avses i 90 §, om denne begär det och kontraktets art så tillåter.*

Om enheten ska betala ut ersättningen direkt till en underleverantör enligt första stycket, ska den fastställa ordningen för detta.

Paragrafen innehåller bestämmelser om betalning direkt till en underleverantör och genomför artikel 88.3 i direktivet med undantag för punktens bestämmelser om offentliggörande. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

För kommentar i övrigt se 97 § i avsnitt 14.1.

Offentliggörande

93 § *Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange*

- 1. de uppgifter leverantörerna ska lämna in till enheten enligt 91 §, och*
- 2. om myndigheten avser att tillämpa sådan direktbetalning till underleverantörer som avses i 92 § och i så fall enligt vilken ordning den ska genomföra direktbetalningarna.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om offentliggörande av uppgifter som rör anlitande av underleverantörer och genomför bestämmelserna om offentliggörande i artikel 88.2 och 88.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

För kommentar i övrigt se 98 § i avsnitt 14.1.

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av ett kontrakt påbörjas

94 § *En upphandlande enhet ska ställa krav på att den leverantör som har tilldelats ett kontrakt ska lämna in sådana uppgifter som avses i 95 § innan leverantören påbörjar fullgörandet av kontraktet, om kontraktet avser*

- 1. färdigställande av en byggentreprenad eller*
- 2. en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om vid vilka typer av kontrakt en upphandlande enhet ska ställa krav på att vissa uppgifter om underleverantörer ska lämnas innan fullgörandet av kontraktet påbörjas. Paragrafen genomför tillsammans med 95 § artikel 88.5 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

För kommentar i övrigt se 99 § i avsnitt 14.1

95 § *Enheten ska enligt 94 § ställa krav på att leverantören anger namn på och kontaktuppgifter för sådana underleverantörer som anlitas enligt 90 §. Samma uppgifter ska lämnas för legala ställföreträdare för dessa underleverantörer.*

Enheten ska också ställa krav på att leverantören ska underrätta enheten om varje ändring av sådana uppgifter som avses i första stycket som görs under kontraktets löptid.

Bestämmelserna i första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilka uppgifter om underleverantörer som en upphandlande enhet ska kräva att den leverantör som har tilldelats kontraktet ska lämna in. Paragrafen genomför, tillsammans med 94 §, artikel 88.5 första stycket och artikel 88.5 fjärde stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.3.

För kommentar i övrigt se 100 § i avsnitt 14.1.

Principer för upphandling

96 § Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om de allmänna principerna för upphandling och genomför artikel 36.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.2.4.

Paragrafen motsvarar nuvarande 1 kap. 24 § LUF.

97 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från denna lags tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller att begränsa konkurrensen och genomför artikel 36.1 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.2.4.

För kommentar i övrigt se 102 § i avsnitt 14.1.

98 § För att säkerställa att leverantörer som har tilldelats kontrakt enligt denna lag fullgör kontrakten i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, ska upphandlande enheter vidta de särskilda åtgärder och övriga lämpliga åtgärder som är förenliga med bestämmelserna i denna lag.

Bestämmelser om särskilda åtgärder som myndigheterna kan vidta enligt första stycket finns i 61 § 1, 71 a §, 90 § och 120 §.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att upphandla enheter ska tillse att de leverantörer som har tilldelats kontrakt fullgör dessa i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Paragrafen genomför artikel 36.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.2.4.

För kommentar i övrigt se 103 § i avsnitt 14.1.

99 § Med kontrakt avses dock inte ett avtal som en upphandlande myndighet sluter med en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om förhållandena mellan de berörda parterna är sådana att avtalet är att anse som ett internt kontrakt enligt 101–106 §§.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att definitionen av kontrakt i förslaget till ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna inte ska omfatta avtal med juridiska personer, om avtalen är att anse som interna kontrakt enligt 101–106 §§. Paragrafen genomför tillsammans med 101–106 §§ artikel 28 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

I artikel 28 i direktivet används begreppet ”upphandlande myndighet”. Att använda begreppet ”upphandlande myndighet” utan koppling till ”upphandlande enhet” är inkonsekvent i förhållande till hur begreppet används i övrigt i direktivet. I artikel 80.1 andra stycket i direktivet anges t.ex. ”Om den upphandlande enheten är en upphandlande myndighet...” Motsvarande distinktion görs inte i artikel 28 i direktivet, varför utredningen valt att genomföra artikeln så att också denna skillnad genomförs i nationell rätt. Regleringen innebär att upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter inte omfattas av bestämmelserna i 99 och 101–106 §§.

För kommentar i övrigt se 104 § i avsnitt 14.1.

Interna kontrakt

100 § Denna lag gäller inte för ett avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en avtalspart som är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om avtalet är att anse som ett internt kontrakt enligt 101–106 §.

Paragrafen upplyser om att den nya lagen om offentlig upphandling inte ska tillämpas om ett avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen är att anse som ett internt kontrakt enligt 101–106 §§. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

För kommentar i övrigt se 105 § i avsnitt 14.1.

101 § *Ett avtal enligt 100 § ska anses vara ett internt kontrakt, om*

- 1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över avtalsparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning,*
- 2. avtalsparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens räkning eller för andra sådana personer som avses i 100 § och som myndigheten utövar kontroll över, och*
- 3. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om interna kontrakt som tecknas mellan en upphandlande myndighet och en avtalspart som myndigheten kontrollerar. Paragrafen genomför artikel 28.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

För kommentar i övrigt se 106 § i avsnitt 14.1.

102 § *Ett avtal enligt 100 § ska också anses vara ett internt kontrakt, om*

- 1. den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över avtalsparten motsvarande den som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar,*
- 2. avtalsparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndigheternas räkning eller för andra sådana personer som avses i 100 § och som myndigheterna utövar kontroll över, och*
- 3. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om interna kontrakt som tecknas mellan en upphandlande myndighet och en avtalspart som myndigheten tillsammans med andra upphandlande myndigheter kontrollerar. Paragrafen genomför artikel 28.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

För kommentar i övrigt se 107 § i avsnitt 14.1.

103 § *Ett avtal enligt 100 § ska också anses vara ett internt kontrakt, om den upphandlande myndigheten står under sådan kontroll av avtalsparten som avses i 101 § 1 och om*

1. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande avtalspartens räkning eller andra sådana personer som avses i 100 § som den kontrollerande avtalsparten utöver kontroll över, och

2. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om interna kontrakt som tecknas mellan en upphandlande myndighet och en avtalspart som kontrollerar myndigheten. Paragrafen genomför tillsammans med 104 och 105 §§ artikel 28.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

För kommentar i övrigt se 108 § i avsnitt 14.1.

104 § *Ett avtal enligt 100 § ska också anses vara ett internt kontrakt, om den upphandlande myndigheten står under sådan kontroll som avses i 101 § 1 och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll som avses i 101 § 1 över avtalsparten och om*

1. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande personens räkning eller för sådana personer som avses i 100 § som den kontrollerande personen utöver kontroll över, och

2. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om interna kontrakt som tecknas mellan en upphandlande myndighet och en avtalspart som båda kontrolleras av en och samma person. Paragrafen genomför tillsammans med 103 och 105 §§ artikel 28.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

För kommentar i övrigt se 109 § i avsnitt 14.1.

Bedömning av förhållanden avseende kontroll och verksamhet

105 § *En upphandlande myndighetska anses utöva sådan kontroll som avses i 101 § 1, om den har ett avgörande inflytande över avtalspartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas*

av en annan person som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten.

Upphandlande myndigheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i 102 § 1, om

1. avtalspartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter,

2. myndigheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över avtalspartens strategiska mål och viktiga beslut, och

3. avtalsparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas intressen.

En avtalspart ska anses utöva sådan kontroll som avses i 103 § 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan person som själv kontrolleras på samma sätt av avtalsparten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kontrollen som avses i 101 § 1, 102 § 1 och 103 § 1 och genomför artikel 28.1 andra stycket och, tillsammans med 103 och 104 §§, artikel 28.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

För kommentar i övrigt se 110 § i avsnitt 14.1.

106 § En avtalsparts verksamhetsandel enligt 101 § 2 och 102 § 2 ska bestämmas på grundval av avtalspartens genomsnittliga totala omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under tre föregående år eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna som avses i första stycket inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt verksamhetsmått.

Paragrafen innehåller bestämmelser om verksamhetsandelen som avses i 101 § 2 och 102 § 2 och genomför tillsammans med 108 § artikel 28.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

För kommentar i övrigt se 111 § i avsnitt 14.1.

Kontrakt mellan upphandlande myndigheter

107 § *Denna lag gäller inte för ett kontrakt som ingås mellan två eller flera upphandlande myndigheter om*

- 1. kontraktet upprättar eller reglerar formerna för ett samarbete mellan myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål,*
- 2. genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och*
- 3. myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om kontrakt mellan två eller flera upphandlande myndigheter och genomför artikel 28.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

För kommentar i övrigt se 112 § i avsnitt 14.1.

108 § *Verksamhetsandelen enligt 107 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens genomsnittliga totala omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under tre föregående år eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.*

Om uppgifterna som avses i första stycket inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt verksamhetsmått.

Paragrafen innehåller bestämmelser om verksamhetsandelen som avses i 107 § 3 och genomför tillsammans med 106 § artikel 28.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 2.2.3.

För kommentar i övrigt se 113 § i avsnitt 14.1.

Ändringar av kontrakt och ramavtal under löptiden

Ändring av kontrakt utan att en ny upphandling genomförs

109 § *Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras under dess löptid utan att den upphandlande enheten genomför en ny upphandling, endast om ändringarna är sådana som avses i 110–115 §§.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om när ett kontrakt eller ett ramavtal kan ändras utan den upphandlande enheten genomför en ny upphandling och genomför artikel 89.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

För kommentar i övrigt se 114 § i avsnitt 14.1.

Mindre ändringar av kontraktsvärdet

110 § *En ändring av kontraktsvärdet medför inte att upphandlingen ska göra om i fall den är lägre än de värden som följer av andra stycket och den inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras. Värdet av ändringen ska bedömas på grundval av det samlade nettovärdet av flera ändringar, om ändringarna har genomförts som successiva ändringar.*

Värdet av ändringen enligt första stycket ska vara lägre än

1. tillämpligt tröskelvärde enligt X kap.⁵³ och

2. 10 procent av det ursprungliga kontraktets värde, om det är ett varu- eller tjänstekontrakt, eller 15 procent av det ursprungliga kontraktets värde, om det är ett byggentreprenadkontrakt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om mindre ändringar av kontraktsvärdet som är att anse som tillåtna ändringar och genomför artikel 89.2 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

För kommentar i övrigt se 115 § i avsnitt 14.1.

Ändringar i särskilda fall

111 § *En ändring är tillåten om den görs enligt en sådan ändringsklausul som avses i andra stycket och den inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras.*

En ändringsklausul ska klart, exakt och entydigt beskriva under vilka förutsättningar den kan tillämpas. Den ska också ange omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Paragrafen innehåller bestämmelser om ändringsklausuler och genomför tillsammans med 117 § artikel 89.1 a i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

För kommentar i övrigt se 116 § i avsnitt 14.1.

⁵³ Kapitlet Tröskelvärden.

112 § *En ändring genom en sådan kompletterande beställning som avses i andra stycket är tillåten oberoende av beställningens värde.*

En beställning får göras som en kompletterande beställning av varor, tjänster eller byggentreprenader som inte ingick i den ursprungliga upphandlingen från den leverantör som har tilldelats kontraktet, om

- 1. beställningen har blivit nödvändig att göra,*
- 2. ett byte av leverantör inte kan göras av ekonomiska eller tekniska skäl, och*
- 3. ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om kompletterande beställningar och genomför artikel 89.1 b i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

Möjligheten att genomföra en kompletterande beställning är enligt *första stycket* inte avhängigt beställningens värde. I artikeln uttrycks det att beställningar är tillåtna ”oberoende av deras värde”. Det finns därmed inte heller något behov av en regel som begränsar vad som ska anses vara en tillåten högsta prisökning till följd av ändringen. Det ovan sagda är en skillnad i förhållande till motsvarande bestämmelse i den nya lagen om offentlig upphandling (se 117 § i avsnitt 14.1 och artikel 72.1 b i LOU-direktivet).

För kommentar i övrigt se 117 § i avsnitt 14.1.

113 § *En ändring är tillåten om behovet av den har uppstått till följd av omständigheter som den upphandlande enheten inte har kunnat förutse och om den inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om oförutsebara omständigheter och genomför artikel 89.1 c i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

Möjligheten att ändra ett kontrakt på grund av omständigheter som inte har kunnat förutses är enligt paragrafen inte avhängigt ändringens värde. Artikeln saknar helt hänvisningar till ändringens värde. Detta är en skillnad i förhållande till motsvarande bestämmelse i den nya lagen om offentlig upphandling (se 118 § i avsnitt 14.1 och artikel 72.1 c i LOU-direktivet).

För kommentar i övrigt se 118 § i avsnitt 14.1.

114 § *Byte av den leverantör som ursprungligen har tilldelats kontraktet till en annan leverantör är en tillåten ändring om*

1. det inte finns skäl att utesluta den nya leverantören med stöd av 58–65 §§ och denne uppfyller tillämpliga krav för val av leverantörer i den ursprungliga upphandlingen enligt 47 och 47 a §§,

2. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, och

3. omstruktureringarna inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet.

Om den upphandlande enheten övertar den ursprungliga leverantörens skyldigheter gentemot leverantörens underleverantörer, ska det också anses vara ett byte av leverantör och en tillåten ändring.

Paragrafen innehåller bestämmelser om byte av leverantörer och genomför artikel 89.1 d i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

Begreppet ”den ursprungliga entreprenörens” i artikel 89.1 d ii har genomförts i paragrafen genom en hänvisning till ”den leverantör som ursprungligen”. Med begreppet ”entreprenör” får antas avses ”leverantör”.

För kommentar i övrigt se 119 § i avsnitt 14.1.

Övriga ändringar som inte är att anse som väsentliga

115 § *En ändring som inte omfattas av bestämmelserna i 110–114 §§ ska ändå anses vara en tillåten ändring om den inte är väsentlig enligt andra stycket.*

En ändring ska anses vara väsentlig om

1. den inför nya villkor i kontraktet som om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen hade medfört att andra anbudssökande bjöds in att delta, att andra anbud blev aktuella att utvärdera eller att ytterligare leverantörer deltog i upphandlingen än de som bjöds in, utvärderades eller deltog i den ursprungliga upphandlingen,

2. den innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet på ett sätt som inte medgavs i det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet,

3. den medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller

4. den innebär att den leverantör som ursprungligen har tilldelats kontraktet byts ut mot en annan leverantör utan att förutsättningarna enligt 114 § är uppfyllda för ett sådant byte.

Paragrafen innehåller bestämmelser om ändringar som är tillåtna om de inte är väsentliga och genomför artikel 89.1 e och 89.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

För kommentar i övrigt se 120 § i avsnitt 14.1.

Beräkning av prisökningar

116 § *Vid beräkningen av priset enligt 110 § andra stycket 2 ska det uppdaterade priset vara referensvärdet, om kontraktet omfattar en indexeringsklausul.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om beräkning av prisökningar och genomför artikel 89.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

För kommentar i övrigt se 121 § i avsnitt 14.1.

Offentliggörande

117 § *En upphandlande enhet ska i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen beskriva de ändringsklausuler som avses i 111 §.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om offentliggörande av ändringsklausuler genomför tillsammans med 111 § artikel 89.1 a i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

För kommentar i övrigt se 122 § i avsnitt 14.1.

118 § *En upphandlande enhet som ändrar ett kontrakt med stöd av 112 eller 113 § ska offentliggöra detta i ett meddelande i Europeiska unionens officiella tidning.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om offentliggörande av ändringar som en upphandlande enhet genomför med stöd av 112 och 113 §§ och genomför artikel 89.1 andra stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.3.

För kommentar i övrigt se 123 § i avsnitt 14.1.

Avslutande av kontrakt

119 § *En upphandlande enhet får avsluta ett kontrakt, om*

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 109 § och varan, tjänsten eller byggtreprenaden därför ska upphandlas,

2. den leverantör som tilldelades kontraktet borde ha uteslutits enligt 58 §, eller

3. kontraktet inte borde ha tilldelats en leverantör på grund av att denne allvarligt åsidosatt sådana skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2014/17/EG och detta har fastställts av Europeiska unionens domstol i ett förfarande i enlighet med artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om avslutande av kontrakt och genomför artikel 90 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.4.3.

För kommentar i övrigt se 124 § i avsnitt 14.1.

Onormalt låga anbud

120 § *En upphandlande enhet ska förkasta en leverantörs anbud om den finner att priset är onormalt lågt och leverantören inte på ett tillfredsställande sätt kunnat lämna en förklaring till det låga priset.*

En upphandlande enhet ska vidare förkasta en leverantörs anbud om den finner att priset är onormalt lågt och detta beror på att anbudet inte överensstämmer med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter enligt 98 §.

121 § *Ett anbud får förkastas med stöd av 120 § först sedan enheten skriftligen har begärt att leverantören lämnar en förklaring till det låga anbudet och inte har fått ett tillfredsställande svar. En sådan begäran om förklaring kan innehålla uppgifter om*

1. leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder att fullgöra kontraktet,

2. leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,

3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av leverantören,
4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på sådana tillämpliga skyldigheter som avses i 98 §,
5. leverantören har fått möjlighet att erhålla statligt stöd, och
6. skyldigheterna som avses i 90–95 §§.

Paragraferna innehåller bestämmelser om onormalt låga anbud och genomför artikel 84.1–3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.4.3.

För kommentar i övrigt se 125 och 126 §§ i avsnitt 14.1.

122 § *Om en upphandlande enhet fastställer att ett anbud är onormalt lågt på grund av att leverantören fått ett statligt stöd ska enheten ge leverantören en möjlighet att inom skälig tid visa att stödet är förenligt med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).*

Om leverantören efter en sådan åtgärd som avses i första stycket inte kunnat ge in en förklaring som visar att stödet i fråga är förenligt med EUF-fördraget ska anbudet förkastas.

En upphandlande enhet som förkastar ett anbud med stöd av andra stycket ska underrätta Europeiska kommissionen om det.

Paragrafen innehåller bestämmelser om onormalt låga anbud på grund av att statligt stöd och genomför artikel 84.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.4.3.

För kommentar i övrigt se 127 § i avsnitt 14.1.

123 § *För det fall att enheten behöver information från annan medlemsstat om uppgifter som lämnas i en förklaring enligt 121 §, ska enheten vända sig till den kontaktpunkt som avses i 81 § för sådant administrativt bistånd.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om administrativt bistånd och genomför artikel 84.5 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.4.3.

För kommentar i övrigt se 128 § i avsnitt 14.1.

Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Som framgått har det bedömts ingå i utredningens uppdrag att överväga innehållet i flera av de paragrafer som ska ingå i kapitlet ”Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Utgångspunkterna och metoden för utredningens uppdrag i denna del framgår av avsnittet Överföring av texter som inte styrs av direktiven i avsnitt 1.3.2. Nedanstående paragrafer, 124–135 §§, har utformats i enlighet med denna metod.

När det gäller de inledande allmänna hänvisningarna i det ovan nämnda kapitlet har utredningen i enlighet med den valda metoden bedömt att bestämmelserna i 28–36 och 38–41 §§ inte bör tillämpas vid upphandlingar enligt kapitlet i fråga.

Kommunikationsmedel vid upphandling

124 § Bestämmelserna i 2–11 §§ och 12 § första stycket gäller för anbudsansökningar och anbud vid upphandling som avses i detta kapitel.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kommunikationsmedel vid upphandling enligt kapitlet ”Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Genom paragrafen görs 2–11 §§ och 12 § första stycket tillämpliga.

Mottagande och öppnande av anbud

125 § Försändelser med anbud ska, så snart som möjligt efter anbuds- tidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande enheten ska delta. Anbudena ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som utsetts av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Anbudena ska öppnas samtidigt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om mottagande och öppnande av anbud vid upphandling enligt kapitlet ”Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen motsvarar nuvarande 15 kap. 11 LUF.

Komplettering, förtydligande och färdigställande av information och dokumentation som ska lämnas av leverantörer i en upphandling

126 § Om den information eller dokumentation som ska lämnas av leverantörerna är eller verkar vara ofullständig eller felaktig eller om dokument saknas, får den upphandlande enheten begära att en eller flera leverantörer kompletterar, förtydligar eller färdigställer relevant information eller dokumentation.

Åtgärderna enligt första stycket ska vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet.

Paragrafen innehåller bestämmelser om komplettering, förtydligande och färdigställande av information och dokumentation som ska lämnas av leverantörer i en upphandling enligt kapitlet ”Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen motsvarar 70 §.

Kontroll och uteslutning av leverantörer

127 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 58 §.

En leverantör får uteslutas i enlighet med 59–61 §§.

En upphandlande enhet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och andra styckena ska i något av upphandlingsdokumenten eller skrivelsen ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

128 § *Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende skatter eller socialförsäkringsavgifter i Sverige enligt 59 § ska den upphandlande myndigheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.*

Paragraferna innehåller bestämmelser om kontroll och uteslutning av leverantörer vid upphandling enligt kapitlet ”Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragraferna motsvarar nuvarande 15 kap. 13 och 13 a § LUF.

Begränsad kontroll

129 § *En upphandlande enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.*

I ett förenklat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som enheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som enheten avser tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt X §⁵⁴.

I ett urvalsförfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudssökande som enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

Paragrafen innehåller bestämmelser om begränsad kontroll vid en upphandling enligt kapitlet ”Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen motsvarar nuvarande 15 kap. 13 b § LUF.

⁵⁴ Bestämmelserna som motsvarar nuvarande 15 kap. 19 § LUF.

Tillgång till andra företags kapacitet

130 § *En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillgång till andra företags kapacitet vid en upphandling enligt kapitlet ”Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen motsvarar nuvarande 15 kap. 15 a § LUF.

Tilldelning av kontrakt

131 § *En upphandlande enhet ska tilldela ett kontrakt den leverantör vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för enheten.*

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska utvärderas på grundval av antingen

- 1. pris eller*
- 2. kostnad.*

Vid en utvärdering enligt andra stycket 2, ska enheten ta hänsyn till tilldelningskriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet.

132 § *När ett anbud ska utvärderas på grundval av kostnad enligt 131 § andra stycket 2, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes.*

Kriterier får viktas av enheten enligt första stycket inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om kriterierna inte är möjliga att vikta, ska enheten i stället ta hänsyn till dem genom en fallande prioritetsordning.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur tilldelningskriterierna ska viktas inbördes.

Paragraferna innehåller bestämmelser om tilldelning av kontrakt vid upphandling enligt kapitlet ”Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragraferna motsvarar 71, 78 och 79 §§.

Onormalt låga anbud

133 § *En upphandlande enhet ska förkasta en leverantörs anbud om den finner att priset är onormalt lågt och leverantören inte på ett tillfredsställande sätt kunnat lämna en förklaring till det låga priset.*

En upphandlande enhet ska vidare förkasta en leverantörs anbud om den finner att priset är onormalt lågt och detta beror på att anbudet inte överensstämmer med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter enligt 98 §.

Ett anbud får dock förkastas först sedan enheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar.

Paragrafen innehåller bestämmelser om onormalt låga anbud vid upphandling enligt kapitlet ”Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen motsvarar 120 § och 121 § första meningen.

Dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar

134 § *En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.*

Första stycket gäller inte om upphandlingens värde överstiger 100 000 kr.

135 § *När en upphandling har avslutats ska en upphandlande enhet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, information som avses i 87 §, sådana dokument som avses i 134 § och liknande dokument.*

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Paragraferna innehåller bestämmelser om dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar vid upphandling enligt kapitlet ”Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster” i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna i

134 § motsvarar de i 86 §. Beloppsgränsen i 134 § motsvarar den i nuvarande 15 kap. 18 § LUF. Bestämmelserna i 135 § motsvarar de i 88 §.

*Bilaga***Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster**

CPV-kod	Beskrivning
75200000-8; 75231200-6; 75231240-8; 79611000-0; 79622000-0 [Tillhandahållande av hemtjänstpersonal]; 79624000-4 [Förmedling av vårdpersonal] och 79625000-1 [Förmedling av läkare] från 85000000-9 till 85323000-9; 98133100-5, 98133000-4, 98200000-5 och 98500000- 8 [Privata hushåll med anställd personal] och 98513000-2 till 98514000-9 [Arbetskrafttjänster för hushåll, Bemanningstjänster för enskilda, Tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, Tillfällig personal för hushåll och Hemtjänst]	Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster
85321000-5 och 85322000-2, 75000000-6 [Offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster], 75121000-0, 75122000-7, 75124000-1; från 79995000-5 till 79995200-7; från 80000000-4 Undervisning och utbildning till 80660000-8; från 92000000-1 till 92700000-8 79950000-8 [Tjänster för organisering av utställningar, mässor och kongresser], 79951000-5 [Organisering av seminarier], 79952000-2 [Evenemang], 79952100-3 [Anordnande av kulturrevenemang], 79953000-9 [Festivalarrangemang], 79954000-6 [Festarrangemang], 79955000-3 [Anordnande av modevisningar], 79956000-0 [Anordnande av mässor och utställningar]	Administration inom socialtjänsten, utbildnings- administration, hälsovårds- förvaltning och administration avseende kultur
75300000-9	Obligatorisk socialförsäkring
75310000-2, 75311000-9, 75312000-6, 75313000-3, 75313100-4, 75314000-0, 75320000-5, 75330000-8, 75340000-1	Bidragstjänster
98000000-3, 98120000-0; 98132000-7, 98133110-8 och 98130000-3	Andra samhällliga och personliga tjänster, inklusive fackföreningstjänster, tjänster utförda av politiska organisationer, tjänster tillhandahållna av ungdoms- organisationer och andra medlemsorganisations- tjänster
98131000-0	Tjänster i samband med religionsutövande

55100000-1 till 55410000-7; 55521000-8 till 55521200-0 [55521000-8 Catering för privata hushåll, 55521100-9 Hemkörning av mat, 55521200-0 Måltidsleveranser] 55510000-8 [Matsalstjänster], 55511000-5 [Matsalstjänster och övrig kafeteriaverksamhet för särskild kundgrupp], 55512000-2 [Drift av matsal], 55523100-3 [Servering av skolmåltider], 55520000-1 [Catering], 55522000-5 [Catering för transportföretag], 55523000-2 [Catering för övriga företag eller övriga institutioner], 55524000-9 [Skolbespisning]	Hotell- och restaurangtjänster
79100000-5 till 79140000-7; 75231100-5;	Juridiska tjänster
75100000-7 till 75120000-3; 75123000-4; 75125000-8 till 75131000-3	Övrig statsförvaltning och statliga tjänster
75200000-8 till 75231000-4	Samhällstjänster
75231210-9 till 75231230-5; 75240000-0 till 75252000-7; 794300000-7; 98113100-9	Fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster
79700000-1 till 79721000-4 [Undersöknings- och säkerhetstjänster, Säkerhetstjänster, Larmövervakningstjänster, Vakttjänster, Övervakningstjänster, Eftersökning, Uppspårning av försvunna, Patrullering, Utfärdande av ID-kort, Utredning och Detektivtjänster] 79722000-1[Grafologi], 79723000-8 [Avfallsanalys]	Undersöknings- och säkerhetstjänster
98900000-2 [Tjänster tillhandahållna av exterritoriala organisationer och organ] och 98910000-5 [Särskilda tjänster för internationella organisationer och organ]	Internationella tjänster
64000000-6 [Post- och telekommunikationstjänster], 64100000-7 [Post- och budtjänster], 64110000-0 [Postgång], 64111000-7 [Posttjänster för tidningar och tidskrifter], 64112000-4 [Posttjänster för brev], 64113000-1 [Posttjänster för paket], 64114000-8 [Postkassörstjänster], 64115000-5 [Förhyrning av postbox], 64116000-2 [Poste restante-tjänster], 64122000-7 [Internpost]	Posttjänster
50116510-9 [Regummering av däck], 71550000-8 [Smedtjänster]	Diverse tjänster

Kommentar till bilagan

Bilagan innehåller en uppräknig av de sociala tjänster och andra särskilda tjänster som enligt 80 § 1 får upphandlas enligt bestämmelserna i kapitlet Upphandling som inte omfattas av direktivet. Bilagan genomför bilaga XVII till direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.3.

För kommentar i övrigt se kommentaren till bilagan i avsnitt 14.1.

Kommittédirektiv 2012:96

Genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner

Beslut vid regeringssammanträde den 27 september 2012

Sammanfattning av uppdraget

En särskild utredare ska ge förslag till hur vissa (nedan angivna) bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktiven får när de antagits. Förslagen ska ingå i två nya separata lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, vilka ska ersätta lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) respektive lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). De två lagarna ska i likhet med LOU och LUF följa upphandlingsprocessens kronologi. De ska bygga på den struktur som LOU och LUF har.

Vidare ska utredaren analysera och ge förslag till hur samtliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktivet får när det antagits.

Utredaren ska följa de förhandlingar om förslagen till direktiv som pågår inom EU och i sitt förslag utgå från det innehåll direktiven får när de antagits av Europaparlamentet och rådet.

Utredaren ska analysera vilka delar av direktiven som kan vara lämpliga att genomföra på lägre normnivå än lag och i förekommande fall ge förslag till förordningstext. Vidare ska utredaren analysera och utarbeta författningsförslag avseende upphandlingar och koncessioner som inte eller endast delvis omfattas av direktiven, dvs. främst sådana som understiger direktivens tröskelvärden och som enligt nuvarande regler omfattas av 15 kap. LOU och LUF.

Uppdraget ska redovisas senast den 1 april 2013. Utredningsuppdraget och tidpunkten för redovisning av uppdraget kan komma att behöva ändras beroende på de pågående förhandlingarna inom EU.

Bakgrund

Arbete inom Europeiska unionen

Den 20 december 2011 presenterade Europeiska kommissionen förslag till tre nya direktiv på upphandlingsområdet:

- Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) som är avsett att ersätta direktiv 2004/18/EG
- Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) som är avsett att ersätta direktiv 2004/17/EG
- Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) som dels ersätter en avdelning i direktiv 2004/18/EG om byggkoncessioner, dels är ny reglering.

Förslagen är för närvarande föremål för behandling i Europaparlamentet och förhandlingar i rådet vilka beräknas vara slutförda under början av 2013. Enligt förslagen ska samtliga direktiv vara genomförda senast den 30 juni 2014. Genomförandefristen har i kommissionens förslag beräknats till 18 månader. Dock ska enligt förslaget vissa delar avseende elektronisk kommunikation vara genomförda först två år efter genomförandefristens utgång.

Gällande EU-direktiv

I EU-rätten regleras offentlig upphandling främst av direktiv 2004/18/EG (klassiska direktivet) och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster av direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet). Upphandlande myndigheter inom den klassiska sektorn är i huvudsak statliga myndigheter och kommunala myndigheter. Till upphandlande myndigheter räknas även vissa bolag och andra organ som står under myndigheters inflytande och som har till syfte att tillgodose behov i det allmännas intresse under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Det klassiska direktivet innehåller vissa bestämmelser om byggkoncessioner. Upphandlande myndigheter som verkar inom någon av sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster omfattas av direktivet för försörjningssektorerna. Även vissa privata företag omfattas av försörjningsdirektivet om de verkar inom dessa sektorer med stöd av ensamrätt eller särskild rätt.

Vidare finns det till det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet två direktiv om rättsmedel vid överträdelser av reglerna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, 89/665/EEG respektive 92/13/EEG, vilka båda har varit föremål för ändring genom direktiv 2007/66/EG.

Utöver det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet samt rättsmedelsdirektiven finns direktiv 2009/81/EG om tilldelning av byggtreprenader, varu- och tjänstekontrakt på försvars- och säkerhetsområdet. Detta direktiv innehåller även regler om rättsmedel med samma sakliga innehåll som rättsmedelsdirektiven.

Härutöver finns rättsakter som gäller viss produktspecifik upphandling som inte regleras i upphandlingsdirektiven, såsom direktiv 2009/33/EG om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon.

Gällande svensk reglering

I Sverige regleras offentlig upphandling i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och upphandling inom försörjningssektorerna i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), vilka trädde i kraft den 1 januari 2008, samt i lagen (2011:1029) om upphandling

på försvars- och säkerhetsområdet (LUF), som trädde i kraft den 1 november 2011. Lagarna innehåller utöver bestämmelser om upphandling på direktivstyrda områden också bestämmelser som inte styrs eller endast delvis styrs av EG-direktiven (15 kap. i de tre lagarna). Dessa bestämmelser reglerar upphandlingar vilkas värde understiger de tröskelvärden som anges i direktiven och upphandling av B-tjänster som huvudsakligen faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Härutöver gäller upphandlingsförordningen (2011:1040), tillkännagivandet (2007:1108) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, tillkännagivandet (2011:1038) av CPV-referensnummer för byggentreprenadkontrakt vid offentlig upphandling, tillkännagivandet (2011:1039) av CPV- och CPC-referensnummer för tjänstekontrakt vid offentlig upphandling samt tillkännagivandet (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. Vidare gäller för vissa statliga myndigheter förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.

Lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster och förordningen (2011:847) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster gäller vid upphandling enligt LOU eller LUF om upphandlingen avser köp eller leasing av bilar eller köp av vissa persontransporttjänster.

Tidigare utredningsarbete

Den 7 april 2004 gavs en särskild utredare i uppdrag att lämna förslag till hur direktiv 2004/18/EG om offentlig upphandling och 2004/17/EG om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster skulle genomföras i svensk rätt (dir. 2004:47). Uppdraget begränsades till att i huvudsak avse de delar av direktiven som var obligatoriska att genomföra inom den i direktiven angivna fristen. Utredningen, som antog namnet Upphandlingsutredningen 2004, överlämnade i mars 2005 delbetänkandet Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22) med förslag på en ny lag om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt en ny lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. I tilläggsdirektiv (dir. 2005:39) av den 7 april 2005 gavs utredaren i uppdrag att bl.a. ge förslag på

genomförande av de icke obligatoriska delarna av direktiven, dvs. bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog, dynamiska inköps-system och elektroniska auktioner. Vidare fick utredaren i uppdrag att göra en översyn av de bestämmelser i lagen som inte omfattas eller endast delvis omfattas av direktiven, dvs. de regler som gäller upphandlingar som inte överstiger tröskelvärdena, B-tjänster och försvars- och säkerhetsupphandlingar. I mars 2006 överlämnades utredningens slutbetänkande Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28).

Den 7 maj 2009 gavs en särskild utredare i uppdrag att lämna förslag till hur Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av byggtreprenader, varu- och tjänstekontrakt på försvars- och säkerhetsområdet skulle genomföras i svensk rätt (dir. 2009:37). Utredningen, som antog namnet Försvars- och säkerhetsupphandlingsutredningen, överlämnade i februari 2010 sitt betänkande Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (SOU 2010:13).

Regeringen beslutade den 3 september 2009 att ge en särskild utredare i uppdrag att bl.a. analysera om det fanns behov av ett generellt eller sektoriellt undantag från upphandlingsskyldighet när stat, kommuner och landsting anskaffar varor eller tjänster från företag som de helt eller delvis innehar eller är medlemmar i (dir. 2009:81). För det fall utredaren bedömde att ett undantag borde införas skulle det motsvara den EU-rättsliga praxis i form av de s.k. Teckal-kriterierna som utvecklats av EU-domstolen. Utredaren skulle i så fall även lämna författningsförslag och förslag till andra eventuella åtgärder. Utredningen, som antog namnet Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (OFUKI-utredningen) (Fi 2009:08), fick genom tilläggsdirektiv den 28 oktober 2010 (dir. 2010:115) även i uppdrag att bl.a. analysera om det finns behov av bestämmelser som gör det kommunalrättsligt möjligt att delegera rätten att fatta upphandlingsbeslut till någon annan. I uppdraget ingick att lämna förslag till en sådan delegationsbestämmelse och att utarbeta nödvändiga författningsförslag. Utredningen överlämnade i april 2011 betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43).

Den 8 september 2011 beslutade regeringen att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att utreda hur upphandlingsstödet borde samordnas i syfte att öka kompetens, tillgänglighet, enhetlighet och synlighet gentemot upphandlingsmarknadens aktörer

(dir. 2011:78). I april 2012 överlämnade utredningen, som antagit namnet Upphandlingsstödsutredningen, sitt betänkande Upphandlingsstödet framtid (SOU 2012:32).

Pågående utredningsarbete

Den 9 september 2010 beslutade regeringen att ge en särskild utredare i uppdrag att utvärdera upphandlingsregelverket ur ett ekonomiskt och samhällspolitiskt perspektiv (dir. 2010:86). Syftet var att utreda om upphandlingsreglerna i tillräcklig utsträckning möjliggör för upphandlande myndigheter och enheter att göra goda ekonomiska affärer genom att tillvarata konkurrensen på marknaden och samtidigt använda sin köpkraft till att förbättra miljön, ta sociala och etiska hänsyn samt verka för ökade affärsmöjligheter för små och medelstora företag. Utredaren ska ta fram underlag för eventuella författningsändringar och föreslå andra nödvändiga åtgärder inom det aktuella området. Vidare ska utredaren se över systemet för insamling av upphandlingsstatistik och vilka uppgifter som ska samlas in. Syftet med statistikuppdraget var framför allt att förbättra möjligheterna till att prognostisera effekterna av reformer samt förbättra möjligheterna att följa upp och utvärdera den upphandlingspolitik som förs i EU och Sverige. Utredningen, som antog namnet Upphandlingsutredningen 2010, överlämnade i november 2011 delbetänkandet På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen (SOU 2011:73). I samband med en viss ändring av utredningsuppdraget beslutade regeringen den 2 februari 2012 att i tilläggsdirektiv (dir. 2012:10) förlänga uppdraget till den 1 december 2012.

Förslagen till upphandlingsdirektiv

Förslagen till direktiv som avses ersätta direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG innehåller fem huvudområden: förenkling av och ökad flexibilitet för upphandlingsreglerna, strategisk användning för att möta nya utmaningar, bättre tillgång till marknaden för små, medelstora och nystartade företag, sunda förfarandensamt tillsyn.

Förenklade och mer flexibla upphandlingsregler

Kommissionen föreslår att tillämpningsområdet förtydligas, bl.a. genom att delar av EU-domstolens rättspraxis som avgränsar tillämpningsområdet, främst den s.k. in house-praxisen om offentligt-offentligt samarbete, förs in i direktiven samt genom att uppdelningen mellan A- och B-tjänster avskaffas. Kommissionen föreslår även vissa ändringar av de upphandlande myndigheternas verktygslåda för att underlätta e-upphandling. För myndigheter under central nivå, som regionala och lokala myndigheter, föreslår kommissionen förenklade regler. E-upphandling föreslås också främjas genom att annonser och upphandlingsdokument ska göras tillgängliga elektroniskt. Under denna punkt föreslår kommissionen också en rad moderniseringar av upphandlingsförfarandet som bl.a. att åtskillnaden mellan kvalificering och utvärdering, dvs. granskning av anbudsgivarna respektive av anbuden, har tonats ned för att möjliggöra prövning av anbuden före prövning av anbudsgivarna. Det föreslås bli möjligt att utesluta leverantörer på grundval av egen erfarenhet från utförandet av tidigare kontrakt. Det föreslås också bli möjligt att justera kontrakt under löpande kontraktperiod.

Strategisk användning för att möta nya utmaningar

Förslaget syftar till att möjliggöra för upphandlande myndigheter och enheter att använda sin köpkraft för att upphandla varor och tjänster som främjar innovation, skyddar miljön och bekämpar klimatförändringarna och samtidigt förbättra sysselsättning, hälsa och sociala villkor. Utvärderingskriterierna ändras så att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller lägsta kostnaden ska tillämpas. Förslagen möjliggör därigenom tilldelning baserad på livscykelkostnader för produkterna. Livscykeln rymmer alla steg under en produkts livstid från råvara till avfall. I kostnaden får även externa kostnader för miljön beaktas. Alla faktorer som är direkt kopplade till produktionsprocessen får ingå i de tekniska specifikationerna och i tilldelningskriterierna. Detta utesluter enligt kommissionens förslag krav som inte är relaterade till produktionsprocessen som företagets allmänna sociala ansvar. Upphandlande myndigheter får däremot kräva att leverantören uppfyller vissa nationella eller multinationella miljökrav och sociala krav som miljömärkning eller som utvisar att produkten inte tillverkats genom t.ex. barnarbete. Det föreslås vara möjligt att utesluta

leverantörer som bryter mot EU-rättsliga krav på det sociala området och inom arbets- och miljörikten. Kommissionen har efter en utvärdering funnit att sociala tjänster och utbildningstjänster och tjänster inom hälso- och sjukvården är av ett särskilt slag, att utförandet av dem skiljer sig mellan medlemsstaterna och att de har begränsat gränsöverskridande intresse. Medlemsstaterna bör ha stor frihet att organisera valet av utförare. Förslagen innehåller därför särskilda och enklare regler samt ett högre tröskelvärde för sociala och andra personliga tjänster. Ett nytt upphandlingsförfarande (innovationspartnerskap) introduceras i syfte att främja innovativ upphandling.

Bättre tillgång till marknaden för små, medelstora och nystartade företag

Kommissionen konstaterar att små, medelstora och nystartade företag (SME) har en stor potential att skapa arbetstillfällen, tillväxt och innovation. Att underlätta dessa företags tillgång till upphandlingsmarknaderna kan hjälpa dem att frigöra denna potential samtidigt som upphandlande myndigheter får tillgång till fler leverantörer. Kommissionen föreslår därför bl.a. att självdeklarationer ska kunna användas som bevis vid kvalificeringen och att upphandlande myndigheter ska tvingas överväga om kontrakten kan delas upp.

Sunda förfaranden

Enligt kommissionen utgör upphandling ett riskområde för osunda affärsbeteenden som jäv, favorisering och korruption. Förslagen innehåller därför ett antal skydd mot dessa risker i form av jävsbestämmelser och bestämmelser om oseriöst beteende. Det föreslås att leverantörer som försöker påverka beslutsprocessen på ett otillbörligt sätt ska uteslutas. Detta gäller även leverantörer som inte har skött betalning av skatter och sociala avgifter. Möjligheterna till att göra marknadsanalyser före upphandlingar föreslås regleras för att säkerställa att de leverantörer som deltar i analyserna inte ges fördelar.

Tillsyn m.m.

Enligt kommissionens förslag ska varje medlemsstat inrätta dels ett nationellt tillsynsorgan, dels ett kunskapscentrum som ska tillhandahålla professionellt stöd vid upphandlingar. Tillsynsorganet

ska ha ett antal specifika uppgifter och ska årligen till kommissionen sammanställa det aktuella läget på upphandlingsområdet i medlemsstaten. Organet ska även på begäran av kommissionen utföra särskilda uppgifter som att granska pågående enskilda ärenden. Tillsynsorganet ska också granska alla slutna varu- och tjänsteavtal som uppgår till minst 1 000 000 euro och alla byggentreprenader som uppgår till minst 10 000 000 euro. Kunskapscentrumet ska tillhandahålla rättsliga och ekonomiska råd, stöd, vägledning och utbildning till leverantörer och till upphandlande myndigheter och enheter samt hjälp med att förbereda och utföra upphandlingar. Förslagen innehåller också regler om utbyte av information mellan medlemsstater enligt Internal Market Information System (IMI).

Förslaget till koncessionsdirektiv

Förslaget till direktiv för koncessioner syftar till att skapa rättslig klarhet på ett område som hittills reglerats delvis genom fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) och till att skapa bättre tillgång till marknaden för koncessioner. Förslaget till koncessionsdirektiv är inte lika omfattande som förslagen till de två andra direktiven. Regleringen avses också vara mer flexibel. Förslaget ger bl.a. större frihet att utforma kvalificerings- och utvärderingskriterierna och slår inte fast några absoluta tilldelningskriterier. Direktivets regler ska tillämpas vid koncessioner som uppgår till minst 5 000 000 euro. För tjänstekoncessioner inträder dock en skyldighet att annonsera kontrakt vid 2 500 000 euro. I likhet med förslagen till de övriga direktiven innehåller detta förslag regler som klargör när offentligt–offentligt samarbete utesluter tillämpningen av direktivets regler samt särskilda och enklare regler för sociala och andra personliga tjänster. I förslaget har det förtydligats att en koncession innebär att leverantören har tagit över en betydande del av den ekonomiska risken i avtalet. Rättsmedlen föreslås vara tillämpliga på koncessioner men däremot föreslås inte några regler om tillsyn och styrning.

Uppdraget

En särskild utredare ska ge förslag till hur vissa (nedan angivna) bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896), benämnt OU, och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895), benämnt FÖRS, bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktiven får när de antagits. Vissa bestämmelser i direktiven är utformade så att de ger medlemsstaten en frihet att genomföra vissa delar av direktiven. När det gäller sådana fakultativa bestämmelser som i sak är nya i förhållande till gällande direktiv ska utredaren analysera behovet av genomförande och ge eventuella förslag till författningstext. Förslagen ska ingå i två nya separata lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, vilka ska ersätta LOU respektive LUF. De två lagarna ska i likhet med LOU och LUF följa upphandlingsprocessens kronologi. De ska bygga på den struktur som LOU och LUF har.

Eftersom de två upphandlingsdirektiven är omarbetningar av gällande direktiv och vissa delar av dem är oförändrade eller endast ändrade i mindre omfattning kräver inte direktivförslagen i deras helhet särskild utredning. För de delar som inte överlämnas till utredaren avser Regeringskansliet att ta fram förslag till genomförande i en departementspromemoria. Avsikten är att utredarens förslag ska sammanfogas med förslagen till lagtext i promemorian för gemensam remissbehandling. Utredningsuppdraget ska därför genomföras med återkommande kontakter med Regeringskansliet.

Vidare ska utredaren analysera och ge förslag till hur samtliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktivet får när det antagits.

Utredaren ska följa de förhandlingar om förslagen till direktiv som pågår inom EU och i sitt förslag utgå från det innehåll direktiven får när de antagits av Europaparlamentet och rådet.

Utredaren ska beakta vad riksdagen tillkännagett om sådan ändring i lagen om offentlig upphandling att arbetsmiljöhänsyn kan tas och krav på villkor enligt svenska kollektivavtal ställas vid upphandling (bet. 2010/11:AU3).

Utredaren ska analysera vilka delar av direktiven som kan vara lämpliga att genomföra på lägre normnivå än lag och i före-

kommande fall ge förslag till förordningstext. Vidare ska utredaren analysera och utarbeta författningsförslag avseende upphandlingar och koncessioner som inte eller endast delvis omfattas av direktiven, dvs. främst sådana som understiger direktivens tröskelvärden och som enligt nuvarande regelverk omfattas av 15 kap. LOU och LUF.

Utredaren är i övrigt fri att lämna de förslag som utredningsarbetet kan föranleda.

Närmare om uppdraget i fråga om upphandlingsdirektiven

Förbindelser mellan offentliga myndigheter

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om förbindelser mellan offentliga myndigheter (art. 11 i OU och art. 21 i FÖRS).

Reserverade kontrakt

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om reserverade kontrakt (art. 17 i OU och art. 31 i FÖRS). Härvid ska förslag från Upphandlingsutredningen 2004 (SOU 2005:22) beaktas (se förslag till 1 kap. 8 § LOU och 1 kap. 11 § LUF).

Sekretess

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om sekretess (art. 18 i OU och art. 32 i FÖRS).

Regler för kommunikation

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om kommunikation (art. 19 i OU och art. 33 och 34 i FÖRS). Av betydelse i sammanhanget kan vara att kommissionen har presenterat ett förslag till förordning om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden (KOM (2012) 238).

Intressekonflikter och otillåtet förfarande

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om intressekonflikter (art. 21 och 22 i OU och art. 36 och 37 i FÖRS).

Innovationspartnerskap

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om innovationspartnerskap (art. 29 i OU och art. 43 i FÖRS).

Elektroniska kataloger

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om elektroniska kataloger (art. 34 i OU och art. 48 i FÖRS).

Gemensam upphandling

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om tillfällig gemensam upphandling och gemensam upphandling mellan upphandlande myndigheter/enheter från olika medlemsstater (art. 37 och 38 i OU och 51 och 52 i FÖRS).

Uppdelning av kontrakt i delar

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i delar (art. 44 i OU och art. 59 i FÖRS).

Val av deltagare samt tilldelning av kontrakt

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om val av deltagare samt tilldelning av kontrakt i OU och kvalificerings- och urvalsbedömning i FÖRS (art. 54–63 och art. 66 och 67 i OU och art. 71–77 i FÖRS).

Onormalt låga anbud

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om onormalt låga anbud (art. 69 i OU och art. 79 i FÖRS).

Ändring och avslutande av kontrakt

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om ändring och avslutande av kontrakt (art. 72 och 73 i OU och art. 82 och 83 i FÖRS).

Sociala tjänster och andra specifika tjänster

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om sociala tjänster och andra specifika tjänster (art. 74–76 i OU och art. 84–86 i FÖRS).

Styrning

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om styrning (art. 83–88 i OU och 92–97 i FÖRS).

Konsekvensbeskrivningar

Utredaren ska för de regler som föreslås lämna en redovisning av de förväntade konsekvenser och kostnader som uppkommer för upphandlande myndigheter och enheter och för företag samt för domstolar och staten i övrigt. De administrativa kostnaderna för leverantörerna ska särskilt beaktas och förslagen ska utformas med ambitionen att företagens administrativa kostnader hålls så låga som möjligt. Därvid ska 14–15 a §§ kommittéförordningen (1998:1474) tillämpas. Enligt 14 kap. 3 § regeringsformen bör en inskränkning av den kommunala självstyrelsen inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som föranlett den, dvs. en proportionalitetsprövning ska göras under lagstiftningsprocessen. Om något av förslagen i betänkandet påverkar den kommunala självstyrelsen, ska dess konsekvenser och de särskilda avvägningar som föranlett förslagen särskilt redovisas.

Samråd och redovisning av uppdraget

Utredaren ska i sitt arbete samråda med Upphandlingsutredningen 2010 och beakta dess förslag och låta dem bilda en utgångspunkt för sina överväganden i den utsträckning det är relevant för utredningsuppdraget. Upphandlingsutredningen 2010 ska redovisa sitt uppdrag den 1 december 2012.

Utredaren ska redovisa sitt uppdrag den 1 april 2013. Utredningsuppdraget och tidpunkten för redovisning av uppdraget kan komma att behöva ändras beroende på de pågående förhandlingarna inom EU.

(Socialdepartementet)

Kommittédirektiv 2013:21

Tilläggsdirektiv till utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09)

Beslut vid regeringssammanträde den 21 februari i 2013

Precisering av och förlängd tid för uppdraget

Regeringen beslutade den 27 september 2012 kommittédirektiv om genomförande av vissa bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) samt om genomförande av samtliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) (dir. 2012:96). Uppdraget skulle enligt utredningens direktiv redovisas senast den 1 april 2013.

Utredningstiden förlängs. Uppdraget ska i stället delredovisas avseende bestämmelserna om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster senast den 1 oktober 2013 och slutredovisas avseende tilldelning av koncessioner senast den 1 januari 2014.

Utredningsuppdraget och tidpunkten för redovisning av uppdraget kan komma att behöva ändras beroende på de pågående förhandlingarna inom EU.

(Socialdepartementet)

Kommittédirektiv 2013:92

Tilläggsdirektiv till utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09)

Beslut vid regeringssammanträde den 26 september 2013

Precisering av och förlängd tid för uppdraget

Bakgrund

Regeringen beslutade den 27 september 2012 kommittédirektiv om genomförande av vissa bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) samt om genomförande av samtliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) (dir. 2012:96). Uppdraget skulle enligt utredningens direktiv redovisas senast den 1 april 2013. Enligt utredningens direktiv kunde dock utredningsuppdraget och tidpunkten för redovisningen av uppdraget behöva komma att ändras beroende på hur förhandlingarna inom EU med anledning av förslagen skulle fortskrida.

Regeringen beslutade den 21 februari 2013 i tilläggsdirektiv att utredningstiden skulle förlängas och att uppdraget i stället skulle delredovisas avseende bestämmelserna om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster senast den 1 oktober 2013 och slutredovisas avseende tilldelning av koncessioner senast den 1 januari 2014 (dir. 2013:21).

Precisering av uppdraget

Nya EU-bestämmelser

Under förhandlingarna inom EU med anledning av förslagen har några nya bestämmelser tillkommit, som inte omfattas av utredningens tidigare uppdrag. Utredningsuppdraget utvidgas därför såtillvida att utredaren ska ge förslag även till hur vissa (nedan angivna) bestämmelser som rör förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktiven får när de antagits av Europaparlamentet och rådet.

I förhandlingarna om den nya bestämmelsen om principer för upphandling tog regeringens förhandlingsarbete sin utgångspunkt i riksdagens tillkännagivanden om ratifikation av ILO-konvention 94 och om att LOU bör ändras så att arbetsmiljöhänsyn kan tas och så att krav på villkor i enlighet med svenska kollektivavtal kan ställas vid all offentlig upphandling.

Principer för upphandling

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om principer för upphandling under rubriken Allmänna bestämmelser.

Underentreprenad

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om underentreprenad under rubriken Fullgörande av kontrakt.

Reserverade kontrakt

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om reserverade kontrakt för vissa tjänster under rubriken Sociala tjänster och vissa andra specifika tjänster.

Förlängd tid för uppdraget

Utredningstiden förlängs. Uppdraget i dess helhet ska redovisas senast den 1 maj 2014.

(Socialdepartementet)

Kommittédirektiv 2014:38

Tilläggsdirektiv till utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09)

Beslut vid regeringssammanträde den 13 mars 2014

Precisering av och förlängd tid för uppdraget

Regeringen beslutade den 27 september 2012 kommittédirektiv (dir. 2012:96) om genomförande av vissa bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) samt om genomförande av samtliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897). Uppdraget skulle enligt utredningens direktiv redovisas senast den 1 april 2013.

Regeringen beslutade den 21 februari 2013 i tilläggsdirektiv att utredningstiden skulle förlängas och att uppdraget i stället skulle delredovisas avseende bestämmelserna om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster senast den 1 oktober 2013 och slutredovisas avseende tilldelning av koncessioner senast den 1 januari 2014 (dir. 2013:21).

Regeringen beslutade den 26 september 2013 viss precisering av uppdraget och att uppdraget i sin helhet skulle redovisas senast den 1 maj 2014 (dir. 2013:92).

Utredningstiden förlängs nu ytterligare. Uppdraget ska i stället delredovisas avseende bestämmelserna om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster senast den 1 juli 2014 och slutredovisas avseende tilldelning av koncessioner senast den 1 oktober 2014.

(Socialdepartementet)

Statens offentliga utredningar 2014

Kronologisk förteckning

1. Vissa bostadsbeskattningsfrågor. Fi.
2. Framtidens valfrihetssystem – inom socialtjänsten. S.
3. Boende utanför det egna hemmet – placeringsformer för barn och unga. S.
4. Det måste gå att lita på konsumentskyddet. Ju.
5. Staten får inte abdikera – om kommunaliseringen av den svenska skolan. U.
6. Män och jämställdhet. U.
7. Skärpta straff för vapenbrott. Ju.
8. Översyn av statsskuldspolitiken. Fi.
9. Förändrad assistansersättning – en översyn av ersättningssystemet. S.
10. Ett steg vidare – nya regler och åtgärder för att främja vidareutnyttjande av handlingar. S.
11. Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2014. Forskningsdebatt, alternativ och beslutsfattande. M.
12. Utvärdera för utveckling – om utvärdering av skolpolitiska reformer. U.
13. En digital agenda i människans tjänst – en ljusnande framtid kan bli vår. N.
14. Effektiv och rättssäker PBL-överprövning. S.
15. Investeringsplanering för försvarsmateriel
En ny planerings-, besluts- och uppföljningsprocess. Fö.
16. Det ska vara lätt att göra rätt
Åtgärder mot felaktiga utbetalningar inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten. A.
17. Genomförande av Seveso III-direktivet. Fö.
18. Straffskalorna för allvarliga våldsbrott. Ju.
19. Yrkeskvalifikationsdirektivet – ett samlat genomförande. U.
20. Läkemedel för särskilda behov. S.
21. Bredband för Sverige in i framtiden. N.
22. Genomförande av EU:s nya redovisningsdirektiv. Ju.
23. Rätt information på rätt plats i rätt tid. Del 1, 2 och 3. S.
24. Olycksregister och djupstudier på transportområdet. N.
25. Internationella rättsförhållanden rörande arv. Ju.
26. Tillträde till COTIF 1999. Ju.
27. Svensk veteranpolitik. Ett ansvar för hela samhället. + Bilagor. Fö.
28. Lönsamt arbete – familjeansvarets fördelning och konsekvenser. A.
29. Assisterad befruktning för ensamstående kvinnor. Ju.
30. Jämställt arbete? Organisatoriska ramar och villkor i arbetslivet. A.
31. Visselblåsare
Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden. A.
32. Jordbruks- och bostadsarrende – några frågor om arrendeavgift och besittningsskydd. Ju.
33. Från hyresrätt till äganderätt. Ju.
34. Inte bara jämställdhet
Intersektionella perspektiv på hinder och möjligheter i arbetslivet. A.
35. I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler. M.
36. Frågor om följerrätt och om museernas kopiering. Ju.
37. De svenska energimarknaderna – en samhällsekonomisk analys. Fi.
38. Tillväxt och värdeskapande
Konkurrenskraft i svenskt jordbruk och trädgårdsnäring. L.
39. Så enkelt som möjligt för så många som möjligt
Bättre juridiska förutsättningar för samverkan och service. N.
40. Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet. Fi.

41. Nya regler om aktiva åtgärder mot diskriminering. A.
42. Kärnavfallsrådets yttrande över SKB:s Fud-program 2013. M.
43. Synnerligen grova narkotikabrott. Ju.
44. F-skuldsanering – en möjlighet till nystart för seriösa företagare. Ju.
45. Unik kunskap genom registerforskning. U.
46. Marknadsmissbruk II. Fi.
47. Förbättrad tvistlösning på konsumentområdet – ny EU-lagstiftning och en översyn av det svenska systemet. Ju.
48. Registerutdrag i arbetslivet. A.
49. Våld i nära relationer – en folkhälsofråga. Förslag för ett effektivare arbete. + Bilaga. Ju.
50. Med miljömålen i fokus – hållbar användning av mark och vatten. M.
51. Nya regler om upphandling. S.

Statens offentliga utredningar 2014

Systematisk förteckning

Arbetsmarknadsdepartementet

Det ska vara lätt att göra rätt
Åtgärder mot felaktiga utbetalningar inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten. [16]

Lönsamt arbete
– familjeansvarets fördelning och konsekvenser. [28]

Jämställt arbete? Organisatoriska ramar och villkor i arbetslivet. [30]

Visselblåsare
Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden. [31]

Inte bara jämställdhet
Intersektionella perspektiv på hinder och möjligheter i arbetslivet. [34]

Nya regler om aktiva åtgärder mot diskriminering. [41]

Registerutdrag i arbetslivet. [48]

Finansdepartementet

Vissa bostadsbeskattningsfrågor. [1]

Översyn av statsskuldspolitiken. [8]

De svenska energimarknaderna
– en samhällsekonomisk analys. [37]

Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet. [40]

Marknadsmisbruk II. [46]

Försvarsdepartementet

Investeringsplanering för försvarsmateriel
En ny planerings-, besluts- och uppföljningsprocess. [15]

Genomförande av Seveso III-direktivet. [17]

Svensk veteranpolitik. Ett ansvar för hela samhället. + Bilagor. [27]

Justitiedepartementet

Det måste gå att lita på konsumentskyddet. [4]

Skärpta straff för vapenbrott. [7]

Straffskalorna för allvarliga våldsbrott. [18]

Genomförande av EU:s nya redovisningsdirektiv. [22]

Internationella rättsförhållanden rörande arv. [25]

Tillträde till COTIF 1999. [26]

Assisterad befruktning för ensamstående kvinnor. [29]

Jordbruks- och bostadsarrende
– några frågor om arrendeavgift och besittningsskydd. [32]

Från hyresrätt till äganderätt. [33]

Frågor om följerätt och om museernas kopiering. [36]

Synnerligen grova narkotikabrott. [43]

F-skuldsanering – en möjlighet till nystart för seriösa företagare. [44]

Förbättrad tvistlösning på konsumentområdet – ny EU-lagstiftning och en översyn av det svenska systemet. [47].

Våld i nära relationer – en folkhälsofråga.
Förslag för ett effektivare arbete.
+ Bilaga. [49].

Landsbygdssdepartementet

Tillväxt och värdeskapande
Konkurrenskraft i svenskt jordbruk och trädgårdsnäring. [38]

Miljödepartementet

Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2014. Forskningsdebatt, alternativ och beslutsfattande. [11]

I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler. [35]

Kärnavfallsrådets yttrande över SKB:s Fud-program 2013. [42]

Med miljömålen i fokus – hållbar användning av mark och vatten. [50]

Näringsdepartementet

- En digital agenda i människans tjänst
– en ljusnande framtid kan bli vår. [13]
- Bredband för Sverige in i framtiden. [21]
- Olycksregister och djupstudier på transportområdet. [24]
- Så enkelt som möjligt för så många
som möjligt
Bättre juridiska förutsättningar för
samverkan och service. [39]

Socialdepartementet

- Framtidens valfrihetssystem
– inom socialtjänsten. [2]
- Boende utanför det egna hemmet
– placeringsformer för barn och unga. [3]
- Förändrad assistansersättning
– en översyn av ersättningssystemet. [9]
- Ett steg vidare – nya regler och åtgärder för
att främja vidareutnyttjande av handlingar. [10]
- Effektiv och rättssäker PBL-överprövning.
[14]
- Läkemedel för särskilda behov. [20]
- Rätt information på rätt plats i rätt tid.
Del 1, 2 och 3. [23]
- Nya regler om upphandling. [51]

Utbildningsdepartementet

- Staten får inte abdikera
– om kommunaliseringen av den svenska skolan. [5]
- Män och jämställdhet. [6]
- Utvärdera för utveckling – om utvärdering
av skolpolitiska reformer. [12]
- Yrkeskvalifikationsdirektivet – ett samlat
genomförande. [19]
- Unik kunskap genom registerforskning.
[45]